



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

CURSO FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA
Material Autoinstructivo – Elaborado por Christian
Hernández Alarcón

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Carlos Ramos Heredia
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Duberli Apolinar Rodríguez Tineo– Consejero
Vice- Presidente del Consejo Directivo

Dr. Ramiro Eduardo de Valdivia Cano– Consejero

Dr. Jacinto Julio Rodríguez Mendoza.– Consejero

Dr. Pedro Gonzalo Chavarry Vallejo – Consejero

Ing. Luis Katsumi Maezono Yamashita – Consejero

Dr. José Alejandro Suárez Zanabria– Consejero

Dr. TERESA VALVERDE NAVARRO - Director General (e)

Dr. OSCAR QUINTANILLA PONCE DE LEON Director Académico (e)

El presente Módulo “Fundamentos de la Justicia Restaurativa”, ha sido elaborado por Christian Hernández Alarcón para la Academia de la Magistratura, en agosto del 2013.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN
AUTORIZACION**

LIMA – PERÚ

SILABO

NOMBRE DEL CURSO: FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

I. DATOS GENERALES:

Curso : Fundamentos de la Justicia Restaurativa

Programa Académico : Sub dirección de Programas Académicos

Horas lectivas : 74 horas

Número de : 03

Créditos Académicos

Especialista que elaboró el material : Christian Hernández Alarcón

II. PRESENTACIÓN

Abordaremos las razones del surgimiento de la Justicia Restaurativa como una práctica jurídica que humaniza el Derecho Penal.

Así, abordaremos las razones de su surgimiento frente al fracaso de la intervención puramente represiva y únicamente rehabilitadora, las corrientes que la impulsaron, sus antecedentes históricos, sus fines y principios, así como las ventajas comparativas frente a las formas tradicionales de hacer justicia.

Por último, exploraremos los presupuestos que se necesitan para su implementación.

III. OBJETIVOS

El Curso de Fundamentos de la Justicia Restaurativa se enfoca al logro de los siguientes objetivos de aprendizaje:

Objetivo general del curso:

- Promover la utilización de las instituciones legales que hacen efectiva la Justicia Restaurativa en el Perú

Objetivos específicos:

- Identificar los elementos centrales que caracterizan a la Justicia Restaurativa y valorar sus ventajas frente a la justicia penal tradicional y asumirla dentro del ejercicio profesional y la vida misma.
- Internalizar los principios que rigen las prácticas restaurativas y reconocer que muchos de ellos ya se encuentran en nuestra legislación bajo distintos nombres.
- Reconocer que la Justicia Restaurativa más que teoría es práctica y como tal necesita que efectuemos actividades ineludibles dentro de la comunidad donde somos fiscales o jueces sin las cuales no podremos realizar nunca una práctica restaurativa exitosa.

IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

Unidad 01: Los fracasos de la Administración de Justicia

Contenidos conceptuales	Contenidos procedimentales	Contenidos actitudinales
• Retribucionismo • La crisis de la Resocialización	Valora los modos de hacer justicia dentro del retribucionismo y el modelo terapéutico y construye una postura crítica	Actitud crítica frente al modo tradicional de intervenir en el sistema de justicia

Lectura Obligatoria

Santiago MIR PUIG ¿Qué queda en pie de la Resocialización? Cuaderno del instituto vasco de criminología San Sebastian N° Extraordinario octubre 1989 II Jornadas Penitenciarias Vasco Navarro p 35-41.

Unidad 02: ¿Qué es y que no es Justicia Restaurativa?

Contenidos conceptuales	Contenidos procedimentales	Contenidos actitudinales
• ¿Qué es la Justicia Restaurativa? • Evolución Histórica de las ideas restaurativas • Principios de la Justicia Restaurativa • ¿Qué no es la Justicia Restaurativa?	Comprende los fundamentos, objetivos y elementos centrales que tiene la Justicia Restaurativa	El magistrado internalizar los principios de la Justicia Restaurativa.

Lectura Obligatoria:

Aída Kelmemajer “En busca de una tercera vía, la llamada Justicia Restaurativa”Rubinzal Culzoni Editores , 2005 p 271 a 324.

Encarnación de Miguel “Alternativas a la Cárcel Probation” EGUZKILORE Numero 7 San Sebastián 1993, p 131 -136.

Unidad 03: ¿Por qué una Justicia Restaurativa?

Contenidos conceptuales	Contenidos procedimentales	Contenidos actitudinales
- La víctima en la Justicia Restaurativa ¿Es la Justicia Restaurativa una Tercera Vía? - Ventajas y desventajas de la Justicia Restaurativa frente a enfoques tradicionales - Aspectos claves en la implementación de la Justicia Restaurativa: - Gestión de los despachos - Trabajo con la comunidad - Capacitación de los operadores	Valora los modos de hacer justicia dentro del retribucionismo y el modelo terapéutico y efectúa una comparación con la Justicia Restaurativa. Comprende los fundamentos, objetivos y elementos centrales que tiene la Justicia Restaurativa	El magistrado asume la Justicia Restaurativa como una forma de ejercicio profesional. El magistrado reconoce que existen aspectos claves para que la Justicia Restaurativa sin los cuales la Justicia Restaurativa no se puede implementar
Lectura obligatoria: GIMENEZ GARCIA, Joaquin “Relación entre delincuente, víctima y administración de justicia” ” EGUZKILORE Numero 8 San Sebastián 1995 , p 119 -127 SAMPEDRO ARRUBA Julio Andrés “La Justicia Restaurativa: Una nueva vía desde las víctimas en la solución del conflicto penal” ISSN 1692-8156 Llobet Rodríguez, Javier “Justicia Restaurativa y la Protección de la Víctima”		

V. METODOLOGÍA

La Diplomatura aplicará una metodología activa y participativa, orientada al logro de un aprendizaje significativo.

Por ello, se ponderarán las actividades de los participantes sobre la exposición docente, quien actuará como facilitador de la discusión por medio del cual se profundizarán en los elementos centrales de la Justicia Restaurativa.

Se utilizarán diversas técnicas, como trabajo en pares, discusión controversial, juego de roles, estudio de casos, lluvia de ideas, por medio de las cuales se abordarán los diversos temas propuestos.

Los participantes integrarán su propia experiencia mediante el aporte de un caso en el que hayan participado y se haya podido obtener un resultado restaurativo.

VI. MEDIOS Y MATERIALES

- Auto instructivo
- Lecturas recomendadas
- Casos Prácticos

VII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

La evaluación constará de un foro, dos controles de lectura, una práctica calificada y una evaluación final.

Las condiciones, de cada componente evaluativo serán comunicadas en forma oportuna a los participantes por medio de la Plataforma de la Academia de la Magistratura.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ ATILIO, ¿Neoretribucionismo o Justicia Juvenil restaurativa? En Justicia para crecer N° 1, p 19
- BAÑOL BETANCUR, Alejandro “Justicia Restaurativa, una dinámica social” Librería Jurídica Sánchez, Primera Edición, Medellín, 2006.

- BINDER, Alberto "Iniciación el Proceso Penal Acusatorio" Campomares, Buenos Aires, 2000.
- CALATAYUD, Emilio y MORAN, Carlos "Mis sentencias ejemplares", Editorial La Esfera de los Libros, Madrid, Segunda Edición Octubre del 2008.
- CERETTI, Adolfo "Mediación Penal y Justicia. Encontrar una norma" en PEDRO R. DAVID (coordinador) "Justicia Reparadora, Mediación Penal y Probation", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor "El Nuevo Proceso Penal" Estudios Fundamentales, Palestra Editores, Lima 2005.
- Defensoría del Pueblo, publicó el Informe N° 51, año 2000.
- GARCIA MENDEZ, Emilio "Infancia de los Derechos y de la Justicia" Editores el Puerto, Buenos Aires, 2004.
- GARCIA MENDEZ, Emilio "Infancia y Derechos Humanos" Estudios Básicos de Derechos Humanos II Primera Edición 1995, San José de Costa Rica.
- GRANDJEAN, Annie y CAPPELAERE, Geert "Niños Privados de Libertad, Derechos y Realidades" UNICEF, Comité Español, Madrid, 2000.
- HALL, Ana Paola "Los Derechos del Niño y su responsabilidad penal: las dos caras de la moneda" en Justicia Penal y sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 6, N° 8, abril de 1998.
- HERRERO HERERO, César "Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico", Dykinson, Madrid, 2005.
- HUMAN RIGHTS WATCH y AMNISTIS INTERNACIONAL en Justicia para Crecer, N° 1, Diciembre del 2005, Enero del 2006, p 24-25.
- KELMEMAJER DE CARLUCCI, Ahida "Justicia Restaurativa" Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- LIEBMAN, María en "Restorative Justice, How it works", Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, p 26-27.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis "Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal, Editorial Comares, Granada, 2007, p 24.
- ONU- Consejo Económico Social, periodo de sesiones del 1° al 26 de julio del 2002.
- SALAZAR, Olga "Colaborando con la Justicia en Libertad", Justicia para crecer, N° 4 Octubre-Diciembre 2006, p 18.
- SANZ HERMIDA, Agata, "Víctimas de delitos: Derechos, Protección y Asistencia" Iustel, Primera Edición, Madrid, 2009.

- TERRE DES HOMMES, Asociación Encuentros Casa de la Juventud, Estudio y análisis sobre costo/beneficio económico y social de los Modelos de Justicia Juvenil en el Perú.
- VASQUEZ BERMEJO, Oscar “¿Qué es la Justicia Juvenil Restaurativa”, en Justicia para Crecer, Diciembre 2005, p 16-17.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Derecho Penal, Parte General” Grijley, Lima, 2007.
- WINTER, Renate “Recuperar o Marcar” en Justicia para crecer N° 2 p 13-15.
- ZAFARONI, Raúl Eugenio en Infancia y Poder Punitivo, en Derechos Universales, Realidades Particulares, UNICEF, Buenos Aires, 2003.
- BELOFF, Mary , “Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano” Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004,

PRESENTACIÓN

*“No en lo grande está lo bueno,
sino en lo bueno lo grande”
Zenón*

El curso de fundamentos en la Justicia Restaurativa, se inserta como un esfuerzo por incluir una nueva forma de abordar los viejos problemas que desde su origen ha afrontado la administración de justicia, y que han significado en los últimos tiempos un esfuerzo cada día más consolidado de nuevas prácticas que se van asentando en nuestro sistema, de modo tan imperceptible que muchas veces no las identificamos como prácticas restaurativas.

Así, encontramos en la Justicia Civil, los medios Alternativos de solución de conflictos (MARC) y en la Justicia Penal las llamadas Salidas Alternativas, las cuales intentan dar soluciones no punitivas al ilícito penal, y a sus consecuencias.

Es justamente, en el marco penal donde se han venido consolidando cada vez más esta sustitución de la “pena” o castigo por la “reparación”, por medio de la aplicación de los acuerdos reparatorios y del principio de oportunidad en la Justicia Penal de Adultos, y por medio de la aplicación de la Remisión fiscal y judicial, así como del archivo por perdón del agraviado en la Justicia Penal de Adolescentes, instituciones que muchas veces los operadores usamos poco, por no entender sus fundamentos y su verdadero sentido.

Es justamente en este marco donde este curso pretende insertarse para reflexionar sobre los fundamentos de la Justicia Penal, y los argumentos que fundamentan la implementación de una Justicia Restaurativa, y por tanto en la utilización de las instituciones legales que la hacen efectiva.

ÍNDICE

Presentación

Unidad 1 Los fracasos de la Administración de Justicia

1.1. Presentación

1.2 ¿Tiene algún sentido castigar?

1.3. ¿Está en crisis la Resocialización?

Lecturas

Unidad 2 ¿Qué es y que no es Justicia Restaurativa?

2.1. Presentación

2.2 ¿Qué es la Justicia Restaurativa?

2.3.¿Cómo evolucionaron las ideas Restaurativas en la historia?

2.4.¿Cuáles son los Principios de la Justicia Restaurativa?

2.5 ¿Qué no es Justicia Restaurativa?

Lecturas

Unidad 3 ¿Por qué una Justicia Restaurativa?

3.1. Presentación

3.2 ¿La víctima en la Justicia Restaurativa?

3.3. ¿Es la Justicia Restaurativa una tercera vía?

3.4. Ventajas y desventajas de la Justicia Restaurativa frente a enfoques tradicionales

3.5 Aspectos claves en la implementación de la Justicia Restaurativa

Lecturas

UNIDAD 01



LOS FRACASOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**Unidad
1**

LOS FRACASOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Presentación de la Unidad 01.

La unidad temática trata acerca del modo en el que la justicia ha afrontado el problema del delito, tanto en la justicia penal de adultos como en la Justicia Penal Juvenil, abordando los problemas en los que se ha incurrido desde el enfoque punitivo, del mismo modo que los problemas que se han afrontado desde una perspectiva puramente terapéutica.



Temas que se abordaran

- 1. ¿Tiene algún sentido castigar?**
- 2. ¿Está en crisis la resocialización?**

Tema

¿TIENE ALGÚN SENTIDO CASTIGAR?

1

*“La pena, para los retribucionistas,
debe existir para que la justicia domine la tierra”*

Claus Roxin

*¿Hasta que punto
el moderno principio político-criminal
de que sólo una pena socialmente útil puede ser justa,
ha sido interiorizado?¹*

1. De la RETRIBUCIÓN en propia mano a la RETRIBUCIÓN en manos del Estado

La reacción contra la injusticia fue para el hombre de la antigüedad venganza, la cual la dirigió contra su ofensor. Sólo el desarrollo histórico de la humanidad ha permitido que se sustituya la idea de “justicia” en mano propia por la de justicia en manos de una autoridad, pero no ha eliminado de muchos sectores del colectivo social la idea de “justicia” como “venganza”. La regresión a la barbarie ha estado y está presente siempre y en todo lugar del mundo, tanto en quienes recurren a la italiana “vendetta”, para hacer “pagar una ofensa o en aquellos que cuando sorprenden a una persona cometiendo un delito lo someten a castigos físicos, como en quienes sin participar de éstos hechos los respaldan, los toleran o simplemente los justifican.

1.1. El Retribucionismo y el Neo-Retribucionismo

Es muy popular y efectista cuando frente a un hecho de violencia o sangre que es abordado por los medios de prensa, el gobierno anuncia el endurecimiento de penas, la creación de nuevos tipos penales, la eliminación de los beneficios penitenciarios, la conversión de las faltas en

¹ La frase es de Manuel Cancio Melia, la tomé de su trabajo titulado ¿Derecho Penal del enemigo?, publicado en Jacobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Editorial Civitas, Madrid, pp. 57-102, pero yo la he descontextualizado totalmente y colocado antojadizamente los signos de interrogación.

delitos, etc. Detrás de estas acciones de criminalización ésta la vieja idea de venganza, que no es otra cosa que la materialización de una visión sesgada de la pena como realización en sí misma de la justicia, al margen de su utilidad o no, es decir Retribucionismo puro y duro.

La pena es un mal que implica necesariamente dolor y aflicción a la persona humana, por ello su aplicación está condicionada a un examen de utilidad, una pena sin utilidad es ilegítima, pues no tiene en sí misma ningún fin preventivo, y sólo ve el pasado. Esto le sucede al Retribucionismo, pues rechaza la idea de que la pena tenga otro fin adicional a la propia pena, por ello esta es únicamente la retribución por el mal causado, y aunque la teoría penal señala que no se trata de “venganza” pues el mal de la pena debe ser “proporcional”, es decir en la misma medida en que éste mal se causó, al no tener un fin adicional no deja de ser una suerte de “venganza” estatal.

Así, cuando hablamos de Retribucionismo, nos referimos al modelo que justifica el sistema penal, únicamente en la aplicación de sanciones, como retribución o respuesta frente a la culpabilidad, sin que exista ninguna otra finalidad o utilidad en la sanción. Villavicencio Terreros, nos recuerda que la Retribución, descansa en tres presupuestos esenciales: 1° Se encuentra fundamentada en el monopolio estatal “ius puniendi estatal”, 2° Necesidad de establecer la culpabilidad (No hay penas, sin culpabilidad) y 3° Armonización entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, “búsqueda de una pena justa”.²

Hoy en día, es prácticamente insustentable el Retribucionismo, dentro de un Estado de Derecho, incluso nuestro Tribunal Constitucional ha señalado al respecto que: “Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de nuestra Constitución Política, conforme al cual, la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” Fundamento 30, de la STC 0019-2005-PI/TC, 21 de julio del 2005.

² Cfr VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Derecho Penal, Parte General” Grijley, Lima, 2007 p 48.

Neo Retribucionismo o Retribucionismo hipócrita:

El sistema penal se aplica por el fracaso de los mecanismos de control social informal (familia, escuela, iglesia) y se configura como una forma de control social formal, cuyos ejes estructurales son el Derecho Penal Sustantivo y el Derecho Procesal, ambos configuran la Política Criminal (conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas y objetivos que regulan la coerción estatal o lo que es lo mismo la aplicación de sanciones o penas).³ Cuando éstas en su aplicación fallan en su fin preventivo, resurgen las viejas ideas de que lo único que sirve es la punición que priva la libertad, este resurgimiento o actualización de las ideas retributivas, es lo que llamamos neo-Retribucionismo.

Así, aunque en la actualidad ha perdido sustento teórico, el Retribucionismo, resurge disfrazado de un discurso de defensa social y de acogimiento a las demandas de seguridad ciudadana, propugnando soluciones punitivas. El neo-Retribucionismo, tiene como característica principal el disfraz, es decir el no declararse como tal. Por ello, García Méndez, en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil, lo llama con acierto “Retribucionismo hipócrita”⁴, pues pese a su supuesta adscripción al modelo de Protección Integral que supera a la Doctrina de la Situación Irregular, su aparente conocimiento del fenómeno y especialización, expresa su política criminal de “mano dura”, justificada en una supuesta amenaza de la “seguridad ciudadana” frente al incremento de la violencia juvenil y de las infracciones penales “graves” frente a las cuales plantea la utilización de la privación de la libertad como respuesta prioritaria y hasta en algunos casos única (como sucede en nuestra legislación con el pandillaje pernicioso) e incluso con la amenaza de reducir a 16 años, el límite de 18 para ser pasible de respuestas penales como adulto.⁵

El Perú en la Década del 90, dio una muestra clara de retribucionismo: En primer lugar, mediante Decreto Legislativo N° 895, se estableció como sanción penal por terrorismo agravado, la pena privativa de libertad no menor de veinticinco años, a los mayores de dieciséis y menores de

³ Cfr. BINDER, Alberto “Iniciación el Proceso Penal Acusatorio” Campomares, Buenos Aires, 2000, p 11-15.

⁴ Ver lectura al final de este tema.

⁵ Atilio Álvarez denuncia el retroceso que implica el neoretribucionismo en América Latina, al pretender disminuir la edad de responsabilidad penal, crear tipos penales especiales para adolescentes (pandillaje pernicioso) y centrar la atención únicamente en las reformas del procedimiento más que en el tratamiento mismo de los adolescentes. ALVAREZ, Atilio “¿Neoretribucionismo o Justicia Juvenil Restaurativa? En Justicia para crecer N°1, p 19.

dieciocho años de edad.

Asimismo se promulgó la Ley N° 27324, Ley de Servicio Comunal Especial, que establecía una sanción distinta a las tipificadas como tales en el Código de los Niños y Adolescentes.

Estas normas ya no están vigentes, pero recordarlas nos permite demostrar que el Retribucionismo, del que hablamos no es del siglo antepasado.⁶

1.2. Derecho Penal Simbólico

Cuando se crea un delito nuevo, o se incrementan las penas ya existentes, es innegable que existirá un efecto simbólico en una porción de la población, la cual se generará expectativas en que la sensación de impunidad e inseguridad que tiene se van a terminar. Este efecto simbólico es consustancial a la creación de tipos penales y no tiene nada de malo, pues busca en principio crear una valoración positiva de las normas, una conciencia a favor de la protección de los bienes jurídicos protegidos, cumpliéndose con ello una finalidad preventivo general.

Sin embargo, este efecto es efímero, pues normalmente esta motivado en el deseo del legislador de responder ante una situación de crisis. Así, frente a una violación o un homicidio execrable con determinadas características, el legislador, agravando el delito cometido o crea un tipo penal específico como por ejemplo el pandillaje pernicioso, sabiendo de antemano que este hecho no modificará las cosas y que en todo caso sólo dará la efímera impresión de ser un legislador preocupado y decidido. Esto es lo que la Hassemer⁷ llama “Derecho penal simbólico”.

Hassemer señala que el Derecho Penal tiene una función manifiesta (lo que regula, la realidad) y una función latente (lo que dice que regula, lo querido, la apariencia, es decir el engaño) desde esta distinción, a pesar de reconocer que el derecho penal cumple una función simbólica que es incluso positiva, critica el exceso de este simbolismo y la renuncia del derecho a la

⁶ El Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los decretos 895 y 897 mediante sentencia de fecha 15 de noviembre del 2001, pero no fueron los únicos tipos penales creados pues la Ley N° 26950 dio facultades al Poder Ejecutivo permitió la aprobación de 11 Decretos Legislativos, los cuales tuvieron como denominador común el incremento de las penas, la eliminación de beneficios y la creación de nuevos delitos, en los cuales pese a las críticas el legislador se ha mantenido. Ejemplo el Decreto 990 sobre pandillaje pernicioso.

⁷ Hassemer, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», en Varios Autores «Pena y Estado», Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-3

búsqueda de su realización, dejemos que nos lo explique en sus propias palabras⁸:

«Simbólico» en sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma. Con ello se entiende —como ya expresa la determinación del concepto— por «funciones manifiestas» llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma. Las «funciones latentes», a diferencia, son múltiples, se sobreponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una «necesidad de actuar» a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte. La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y cualidad de las condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino «engaño» o «apariencia»: Los fines descritos en la regulación de la norma son —comparativamente— distintos a los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como ésta se presenta. Finalmente en esta concreción de «simbólico» no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma: en algunas normas (...) apenas se espera aplicación alguna.”

Los efectos de una legislación puramente simbólica son altos para el sistema el cual termina deslegitimándose, ante la irrealización de su proyecto jurídico. La razón es que pocos delincuentes potenciales se desmotivan por el incremento de las penas, pues está demostrado que lo que en realidad desincentiva la comisión de los ilícitos es el mejoramiento de los mecanismos de persecución penal. El resultado, de un derecho penal simbólico es una población que al darse cuenta de la farsa y el engaño, pierde la confianza en la administración de justicia. Allí el legislador nuevamente “simbólico” va a la carga de los operadores responsabilizándolos de la ineficacia de un sistema penal, pese a tener pleno conocimiento desde el momento de la promulgación de la propia ley,

⁸ Ibidem.

que ésta no era suficiente para enfrentar el problema y que en todo caso, dicha ley era sólo un componente con trascendencia menor.

En este sentido, la utilización simbólica del derecho penal, es un componente de marketing político, de identificación con el clamor popular, que tiene como hemos señalado mucho de embuste, y se sustenta en la necesidad de mantener el poder. Para ello el poder político recurre a una serie de mecanismos, crea leyes punitivas, programas preventivos que sabe que no llegará a implementar, etiqueta comportamientos juveniles (pandilleros, barras bravas, etc) y hasta utiliza a la policía para comunicar una imagen de “respuesta inmediata” (detuvimos al sospechoso en 24 horas, decomisamos tal cantidad de insumos o droga, etc), para luego terminar imputando al sistema de justicia (jueces y fiscales) la responsabilidad por no haberse podido lograr sanciones ejemplarizadoras.⁹

2. El Derecho Penal del “enemigo” ¿De quién estamos hablando?

El punitivismo retribucionista (necesidad de penas cada vez más altas y desproporcionadas) se junta con el Derecho Penal Simbólico, el cual etiqueta como “enemigo” al sector o grupo que será objeto de persecución penal surgiendo así el Derecho Penal del Enemigo”.

Jacobs que introdujo este concepto destaca en el Derecho Penal del Enemigo tres características básicas: 1) El adelantamiento de la punibilidad, se castiga en forma prospectiva, antes de que se dañe el bien jurídico, y no en forma retrospectiva, cuando el delito se cometió. 2) Las penas son desproporcionadamente altas y no admiten atenuantes y 3) Las garantías son relativizadas e incluso suprimidas.¹⁰

Jacobs habla de un Derecho Penal del ciudadano el cual si bien también sanciona al que comete delitos, este sigue siendo persona y el Derecho Penal del Enemigo, donde ya no es tratado como “persona”, pues se privilegia la seguridad de quienes siguen siendo considerados como ciudadanos. Así frente a la comisión de un delito el Estado tiene dos posibilidades o trata a quien ha delinquido como una persona que ha

⁹ Es frecuente por ejemplo que la preocupación por responder “mediáticamente” ante la demanda de seguridad se estropeen investigaciones por no observarse garantías o se terminen deteniendo el cargamento de droga y no desbaratándose a la organización.

¹⁰ Recogemos la posición de CANCIO MELIA, Manuel para quien el Derecho Penal del enemigo es el resultado de la unión del Derecho Penal Simbólico y el punitivismo. JACOBS/CANCIO MELIA, Derecho Penal del enemigo, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p 78.

cometido un error (Derecho Penal del Ciudadano) o como alguien a quien hay que impedir mediante la coacción que destruya el ordenamiento jurídico (Derecho Penal del Enemigo). Desde esta perspectiva por el derecho a la seguridad de los “ciudadanos” se eliminan o limitan los derechos de los “enemigos”¹¹. Esta concepción del derecho es a todas luces incompatible con un estado de derecho por atentar contra la dignidad de los seres humanos. Sin embargo, nadie pone en duda que lamentablemente muchas de las ideas que lo sostienen han hecho eco de modo implícito o explícito en las legislaciones latinoamericanas de los últimos tiempos¹².

3. El carácter estigmatizante y altamente selectivo de la Sanción Penal

La retribución o sanción (pena), en su forma más devastadora (privación de la libertad), es la mayor aflicción que puede causar el Estado por medio del Sistema Penal a una persona para castigarla por haber quebrado el orden, la convivencia social.

Sin embargo, la cárcel no sólo se ha aplicado luego del establecimiento de la responsabilidad penal, sino que desde el inicio de la investigación se ha convertido en “una regla”, de la mano de los sistemas inquisitivos los cuales han operado sobre la idea de que el proceso penal era un instrumento para empujar al imputado hacia la confesión. Así, se convirtió prácticamente en una suerte de “pena anticipada” donde el juicio sólo ratificaba lo que el tribunal ya sabía desde el momento mismo de la detención.

Un estudio efectuado por ILANUD entre los años 1972 y 1992 da cuenta de que en la población carcelaria en Latinoamérica, los presos sin condena superan a los condenados constituyéndose desde un 50% hasta un alarmante 70% de la población total¹³.

A esta situación, debe añadirse la selectividad del sistema penal, el cual sin duda tiene como el sector mayoritario de sus usuarios a personas que provienen de los sectores más deprimidos de la población, los menos

¹¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Derecho Penal” Parte General, Op Cit. p37-38.

¹² Situación que ha motivado por ejemplo que la Corte Constitucional Colombiana declare inconstitucionales legislación promulgada por el presidente colombiano, por considerarla que esta responde a una concepción de Derecho Penal del Enemigo, Ver Sentencia C-939-02 del 31 de octubre del 2002.

¹³ Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) estudio realizado por CARRANZA ELIAS, “Sobrepoblación carcelaria en América Latina y el Caribe, situación y respuestas posibles” 2001. Nosotros lo citamos de RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio “Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina, CEJA, 2007, p 18.

favorecidos y que por tanto menos prestaciones han recibido por parte del estado. Así, de acuerdo al estudio efectuado por la Defensoría del Pueblo sobre la situación social y económica de los adolescentes que se encuentran Privados de Libertad, todos ellos proceden de barrios pobres de Lima. Situación que corrobora la investigación que realizáramos el año 2005 donde pudimos constatar que ninguno de los adolescentes que se encuentran privados de libertad proceden de barrios residenciales sino, por el contrario, de zonas urbano marginales, ninguno de ellos ha contado con defensa técnica en sede policial y que la gran mayoría de ellos se encuentra asesorado por abogados de oficio. Datos que en conjunto nos permiten afirmar junto como Eugenio Zafaroni, que el carácter altamente selectivo del proceso penal se incrementa notablemente en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil donde el estrato socio económico bajo, las carencias en servicios básicos y la situación de vulnerabilidad social se han convertido en un elemento que caracteriza a los sujetos pasivos de la represión estatal.¹⁴

El año 2000, la Defensoría del Pueblo, publicó el Informe N° 51, “El Sistema Penal Juvenil en el Perú: Análisis Jurídico social” donde caracterizó a los adolescentes privados de libertad como provenientes de familias desintegradas y con ingresos exiguos, que habitan en viviendas sin las condiciones y servicios adecuados, sin instrucción o con una muy escasa, la cual no guarda relación con su edad. Siete años después, en el año 2007, la propia Defensoría emitió el Informe N° 123 “La situación de los adolescentes infractores de la Ley Penal privados de libertad, donde confirma que las carencias económicas, son un elemento característico de los adolescentes Privados de Libertad. (Los informes se pueden confrontar en: <http://www.defensoria.gob.pe/inform-defensoriales.php>)

Este carácter selectivo y estigmatizante de la sanción penal en la Justicia Penal Juvenil, no sólo permanece en caso que el adolescente siendo adulto reincida, sino que además la etiqueta de “encarcelado” puesta desde temprana edad, hace mucho más complejo la posibilidad de reinserción social, pues al problema que el encierro del Sistema Penal Juvenil no resolvió se le suman las graves deficiencias carcelarias: hacinamiento, el dominio de la cárcel por parte de la sub cultura, la agudización de los

¹⁴ ZAFARONI, Raúl Eugenio en *Infancia y Poder Punitivo*, en *Derechos Universales, Realidades Particulares*, UNICEF, Buenos Aires, 2003, p 86. La investigación a la que nos referimos es la Tesis de Maestría sustentada en la Universidad Nacional de San Marcos “El debido proceso y la Justicia Penal Juvenil”

problemas de violencia y drogas, lo cual nos hace pensar que nuestra sociedad únicamente “inocuita” a sus “enemigos” mediante la aplicación de las prácticas neo retributivas.

4. Finalmente ¿Tiene algún sentido castigar a los adultos y a los jóvenes?

Evidentemente que debe tener algún sentido o utilidad pues en caso de no tenerlo, no sólo no se debería castigar, sino que sería injusto e ilegítimo hacerlo. Así, nuestra constitución en su Artículo 139, inciso 22 al declarar que la pena tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad, reconoce a la resocialización como un “sentido”, justificación o utilidad que debe buscarse con la aplicación de la pena o sanción penal¹⁵.

Ahora bien, en la Justicia Penal Juvenil, el cambio de perspectiva de la Doctrina de la Protección Integral¹⁶, sobre el modelo tutelar o de la Situación Irregular, consiste de modo fundamental en que los niños y adolescentes, ya no son objetos de compasión y de represión sino que son sujetos de derechos. Ser sujeto de derechos, trae como consecuencia, a partir de determinada edad (14 años en nuestra legislación), también ser sujeto de responsabilidad penal y por lo tanto pasible de sanciones a las que nuestro ordenamiento legal llama “medidas socioeducativas”¹⁷.

Así, en el Perú al adolescente mayor de catorce años que infringe la ley ya sea como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal, luego de un debido proceso se le aplican medidas socio educativas del mismo modo que al adulto penas. Esto significa que tanto las penas como las medidas socio educativas son la respuesta del “lus

¹⁵ Claro que además debe perseguirse un fin preventivo general positivo (afirmación del derecho) Debemos reconocer no obstante que nuestro legislador también hecha mano de una concepción de utilidad de la pena con criterios de prevención general negativa, cuando recurre al derecho penal neo retributivo y al derecho penal simbólico, comportándose con criterios cercanos a un Derecho Penal del Enemigo. No obstante, debemos aclarar que el sentido que la pena puede tener sólo puede ser analizado en el ámbito de la política criminal pues en la dogmática penal, la pena es un hecho (está establecido en la ley) por lo que sólo puede aplicarla, limitándola al máximo en su uso, uno de éstos límites es el examen de necesidad de pena, por ello la dogmática sólo ve cual es el uso admisible de la pena y no cual es el fundamento mejor. Cfr VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe Op Cít, p 70.

¹⁶ Podemos reconocer las características centrales del Modelo de Protección Integral, leyendo a contrario las características del Modelo Tutelar a las cuales nos hemos referido en el Caso Gault de la lección anterior.

¹⁷ Debajo de esta edad, los adolescentes no sólo son penalmente inimputables; sino penalmente irresponsables. La doctrina de la Protección integral se caracteriza por la separación del ámbito de protección del ámbito de sanción.

Puniendi estatal”, entendido éste como la facultad del Estado de intervenir y sancionar (luego de un debido proceso) la comisión de ilícitos (típicos, antijurídicos y culpables) y como tales, ambas encuentran su justificación en la idea que tenga el Estado sobre la finalidad de las sanciones que aplica (retributiva, preventiva general, especial, positiva o negativa).

No obstante, el Sistema Penal de Adultos y la Justicia Penal Juvenil difieren notablemente en reglas procesales, sistema y monto de sanciones, así como lugar de ejecución.¹⁸ Por ello, si bien debemos dejar claro que cuando nos referimos a la Justicia Penal Juvenil, estamos hablando de responsabilidad, el sistema penal de adolescentes no debe ni puede ser comparable al sistema penal de adultos. Pues si bien le son aplicables todas las garantías sustantivas y procesales, propias de un derecho penal de acto antes, durante y luego del proceso judicial, no debe perderse de vista el principio educativo, consecuencia inmediata de su interés superior, el cual marca una diferencia notable con el sistema penal de adultos.

Las garantías no son suficientes para dejar de ser retributivo, para evitar “matar gorriones con cañones”¹⁹ -mediante la utilización indiscriminada de la privación de la libertad- hace falta juntar al garantismo un enfoque educativo.

Binder señala que la pena concreta debe demostrar que tiene una probabilidad razonable de producir algún bien social, y que pese a que indudablemente se trata de un castigo, un mal que recae sobre una persona, esta persona recibirá al menos algún beneficio para la vida en libertad. Asimismo sostiene que cuando no hay una utilidad admisible no tiene que ser utilizada²⁰.

En este sentido, queda claro, que la cadena perpetua, no debería ser empleada pues la sanción de por vida no puede contener en sí misma una finalidad distinta que devolver el mal por mal (Retribucionismo). Así, resulta alarmante y vergonzoso, que en los Estados Unidos, según Human Rights Watch y Amnistía Internacional hay por lo menos 2225 personas cumpliendo cadena perpetua sin libertad condicional por delitos que fueron cometidos cuando aún no habían cumplido los 18 años de edad²¹.

¹⁸ Cfr GARCIA MENDEZ, Emilio “Infancia de los Derechos y de la Justicia” Editores el Puerto, Buenos Aires, 2004, p 192.

¹⁹ WINTER, Renate, “Recuperar o marcar”, en Justicia para Crecer, N° 2, Abril –diciembre 2006, p 13.

²⁰ BINDER, Alberto, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Op Cit, p 70.

²¹ Cfr JUSTICIA PARA CRECER, N° 1, Diciembre del 2005, Enero del 2006, p 24-25.

La privación de libertad, es la última ratio, dice la teoría que sustenta el Derecho Penal mínimo, propio de los Estados constitucionales de Derecho, si así debe ser para los adultos, con mayor razón para adolescentes y no sólo por el grado de aflicción y estigmatización que implica, sino también por el escaso nivel de efectividad que en el logro de su fin resocializador ha demostrado.

Pepa Bueno, presentadora de la Televisión Española puso esto en un testimonio, que bien puede servirnos de reflexión final: “¿Te acuerdas de los veranos de tu infancia y tu adolescencia? Me dijo Emilio Calatayud la primera vez que lo entrevisté. Y siguió: ¿Eran eternos verdad? Tres meses a los 12 o a los 15 años son toda una vida. El tiempo a esa edad corre de otra manera. ¿Cómo no tenerlo en cuenta a la hora de condenar a un menor?”²²

5. Trabajo de aplicación

Hemos visto que la Justicia Penal juvenil, no es ajena a las ideas retribucionista, por el contrario la criminalización de conductas cometidas por los jóvenes ha estado de moda en los últimos tiempos, Emilio García Méndez²³ quien ha acompañado casi todas las reformas que se han llevado a cabo en la Justicia Penal Juvenil en América Latina, nos señala las razones por las cuales esto es así:

“La sociedad tiende a tener de los niños una visión contradictoria: o como ángeles o como demonios. Si uno se pone a pensar, se puede asociar al niño con la pureza y con la inocencia, pero llega Freud y lo asocia con las pulsiones, con lo salvaje, con lo no domesticado. Este es el telón de fondo porque sobre esta visión contradictoria se montan diversas respuestas. Los que los consideran ángeles son los que yo llamo paternalistas ingenuos, que niegan siempre y en cualquier circunstancia la posibilidad de que los niños puedan cometer delitos graves.

Del otro lado, tenemos a los que los consideran como demonios, que yo llamo retribucionistas hipócritas, que están siempre dispuestos a vincular en forma automática el tema de la inseguridad urbana –que es un problema central hoy en nuestras sociedades– con el tema de la violencia juvenil.

²² CALATAYUD, Emilio, “Mis Sentencias Ejemplares”, p 232

²³ GARCIA MENDEZ, Emilio entrevista del 25 de noviembre del 2007, publicada en el diario la Prensa de Panamá fue publicada la siguiente entrevista de la cual compartimos los siguientes extractos:

¿Por qué se puede hacer este vínculo automático entre adolescencia e inseguridad urbana? Porque hay una cosa que caracteriza a la cuestión de los adolescentes infractores, y es la falta de información cuantitativa confiable (...) La falta de información es pavorosa y sobre esta falta de información algunos medios y algunos políticos inescrupulosos se aprovechan (...) Es que cuando se establecen en los sistemas penales juveniles la responsabilidad penal entre los 14 y los 18 años no es por capricho. Lo hacemos porque debajo de los 14 años los delitos de naturaleza grave son realmente excepcionales desde el punto de vista estadístico....

Desde un punto de vista estadístico se puede decir que del 100% de los delitos que cometen los menores de edad, los graves no superan el 10%. Y para esos entonces es que tenemos que reservar prácticas como la privación de libertad.

Del 80% al 85% de los delitos que cometen los menores de edad son los delitos de hurto, robo, vandalismo y destrucción de la cosa pública, y estoy totalmente convencido de que la más racional e inteligente respuesta es la prestación de servicios a la comunidad.

Usted ha señalado en otros escritos que existen diferencias entre la forma como se trata al muchacho infractor, dependiendo del estrato social al que pertenezca...

... Y es que la utilización del sistema penal de menores tiene un uso tremendamente clasista en América Latina. Desde México hasta Argentina, cuando uno visita las instituciones de privación de libertad prácticamente no se encuentra a un solo menor de los sectores medios o altos.

Eso de la impresión equivocada de que solo un sector social comete delitos y el círculo vicioso continúa...

Sí, porque los sistemas tienen niveles altísimos de discrecionalidad. Hay una variable que es absolutamente fundamental: la presencia de un buen abogado. La falta de una defensa técnica jurídica hace que muchas veces menores de edad pobres, que han cometido delitos leves, paguen con la privación de libertad; mientras que menores de edad de los sectores medios y altos que han cometido delitos graves, utilizando los resquicios discrecionales del sistema, puedan asegurarse la impunidad”.

A continuación, marca un aspa verificando las características que tienen el Modelo de Justicia que aplicamos en la actualidad.

Características	Modelo Actual
Incremento de las sanciones penales.	
Creación de nuevas figuras delictivas(pandillaje)	
Utilización prioritaria de la Medida de internamiento.	
Disminución de la edad de responsabilidad penal.	
Penas con cadena perpetua	
Características de un Derecho Penal simbólico	

Ahora responde, ¿Tenemos mucho de retributivos, caminamos hacia un Derecho Penal del enemigo?

Tema

¿Está en crisis la Resocialización?

2

“En la ejecución de la pena privativa de la libertad, el recluso debe conseguir llegar a ser capaz de llevar en el futuro con responsabilidad social, una vida sin delitos”

Artículo 2 de la Ley Penitenciaria Alemana de 1969.

1. El programa planteado por la resocialización

Desde el momento que se tomó la decisión de no sólo recluir con fines de inocuización, y se consideró la idea de efectuar un tratamiento sobre los delincuentes reclusos se fueron sentando progresivamente las bases de lo que hoy conocemos como ciencia penitenciaria la cual es conceptualizada por Alejandro Solis como una ciencia interdisciplinaria que estudia todo lo relativo a la ejecución de las sanciones privativas y restrictivas de la libertad tanto en medios cerrados, abiertos y libres, así como la orientación post carcelaria con el fin de lograr la readaptación del delincuente. El tratamiento penal se constituyó, así de la integración de conocimientos, métodos y técnicas de diversas áreas científicas vinculadas con el tratamiento del delincuente, con las cuales se buscó cambiar la actitud sancionadora y puramente retributiva de la pena por una orientación enmendativa.²⁴

Si la escuela clásica del Derecho Penal - por lo menos en el discurso- había desterrado la tortura y las formas deshumanizante de la pena pretendiendo con ella aspirar más que al puro castigo a la redención del penado por la expiación, la escuela positivista de mitad del Siglo XIX fue más allá pues buscaba encontrar las causas o los factores etiológicos del comportamiento delincuente, por medio de las conclusiones que procedían de las ciencias del comportamiento (psiquiatría, psicología, biología, pedagogía), y en base a ellas sentaron las bases de una intervención caracterizada por la prevención especial positiva, que se materializó en las legislaciones que comenzaron a aspirar a tener un tratamiento penitenciario correccionalista y de reforma del

²⁴ SOLIS ESPINOZA, Alejandro “Ciencia Penitenciaria” Editorial DESA, 1986, p 86. Este autor hace referencia a la Ciencia Penitenciaria como sinónimo de penología, superando la distinción doctrinal que señalaba que la penología estudiaba todas las penas y que la ciencia penitenciaria sólo las que son privativas de la libertad.

delincuente,²⁵ entendiendo que la “...enmienda o corrección sería la auténtica vía de prevención. No así el puro escarmiento, que cohibe tan solo por temor, pero no mejor ni afianza la voluntad en el obrar ilícito”.²⁶

El correccionalismo, concebía la pena como un tratamiento jurídico-moral que se aplicaba al delincuente para convertirlo tratando de incidir en sus lagunas de socialización, especialmente las más tempranas para hacer que su voluntad opte por el bien. Así, la ejecución penal era un suerte de segunda educación, individualizada y socialmente integradora, que por tanto despojándose de ideas retribucionistas y expiacionistas debía ser estimada como un bien pues se le ofrecía como instrumento y/o condición de conversión²⁷.

Hoy en día, aunque se han abandonado las ideas del causalismo antropológico y biológico propio del positivismo, la resocialización es un concepto integrado en todas las legislaciones modernas fundamentado en la corresponsabilidad de la sociedad en el delito.

2. La Adopción de los modelos de rehabilitación en el tratamiento de los menores de edad de la Justicia Tutelar al Modelo de Protección Integral

2.1. La resocialización en el modelo Tutelar

En un primer momento existía un control penal del niño indiferenciado de los adultos, siendo incluso sancionado del mismo modo y en los mismos lugares, frente al cual se alzó el Modelo Tutelar inspirado en ideales humanitarios en busca de una intervención especializada tanto a nivel legal, judicial (jueces de menores) como en el tratamiento (separación de menores y adultos)

No obstante, al volverse dominante la ideología correccional positivista y la doctrina de la situación irregular, al mismo tiempo que se retiran a los niños y

²⁵ El gran acierto del positivismo fue el nutrirse de las conclusiones de otras ciencias para señalar el camino de un tratamiento penitenciario. Al mismo tiempo su limitación, estuvo marcada justamente por el nivel evolutivo de esas ciencias que en la época estaba dominada por el determinismo biológico, el cual impidió que el positivismo pueda abordar de mejor forma la complejidad de las causas del delito, haciendo que sus respuestas sean muy simples, sin embargo debe reconocérsele el mérito de indicar el camino que hasta la actualidad sigue –obviamente con un mayor desarrollo- todo esfuerzo por implantar un tratamiento resocializador. .

²⁶ L.SILVELA, “El Derecho penal estudiado en principios y en la Legislación vigente en España”, citado por HERRERO HERRERO, César, “Delincuencia de menores tratamiento criminológico y jurídico” DYKINSON, Madrid, 2005, p 184.

²⁷ AHRENS, citado por HERRERO HERRERO, César ibidem.

adolescentes del ámbito del Derecho Penal para darles medidas educadoras y asistenciales frente a sus comportamientos, se eliminaron los límites a la intervención punitiva, representados por las garantías penales, las cuales son reemplazadas por el uso de conceptos morales con los que se justificaba la violencia de la institucionalización.

Así, la Justicia Tutelar, aplicó la visión determinista de las ciencias biológicas, tratando de explicar su comportamiento “peligroso” o “irregular” en virtud de los factores que entendía eran determinantes de su comportamiento, los cuales configuraban unas características peculiares de evolución psico-biológica y psico-moral que los hacían más vulnerables al medio social y que justificaban una intervención especializada (tribunales tutelares), la cual en la práctica terminó constituyéndose en el ejercicio de una violencia explícita y soterrada dirigida a modificar la conciencia del niño.²⁸

El Primer Tribunal de Menores (Juvenile Court Law), fue creado en 1989 en Chicago, Illinois y su competencia se extendía sobre el tratamiento de los niños, abandonados, dependientes, y delincuentes.

Las situaciones que eran materia de su competencia les permitían por su apertura a la interpretación amplias y discrecionales posibilidades de intervención. Entre ellas destacan: conducta indecente e inmoral, ocupaciones ilegales, asociación con personas inmorales o viciosas, crecer en la vagancia o en el crimen, entrar o visitar casas de mala reputación, entrar a negocios donde se venden bebidas alcohólicas o en lugares de juego, deambular por las calles por las noches en actividades ilícitas, no ir a la escuela habitualmente, conducta incorregible, usar habitualmente un lenguaje vulgar u obsceno en lugares públicos, abandono del hogar sin permiso, desobediencia a los padres o guardianes, mendigar en las calles, fumar cigarrillos en lugares públicos, etc.²⁹.

De este modo, surgieron lo que hoy conocemos como medidas socio educativas distintas a las penas, cuyo fundamento es lograr la resocialización del adolescente, el drama de la justicia tutelar, es que esta intervención no diferenció al que cometía ilícitos penales del que únicamente necesitaba protección, entendiendo que ambos debían recibir el mismo trato. Así, según Luis Mendizabal Osés las medidas socioeducativas “son aquellas

²⁸ IBÁÑEZ, Andrés “El sistema Tutelar” citado en HALL, Ana Paola, Op Cit. 27.

²⁹ KELMEMAJER DE CARLUCCI, Ahida “Justicia Restaurativa”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p 51-53

en las que la finalidad esencial no es la de penar ni la de intimidar a los menores, así como tampoco la de reprobar socialmente la conducta de quien se encuentre en situación irregular porque fundamentalmente se trata de proteger jurídicamente al menor contra el medio ambiente que nocivamente influye en su comportamiento y contra las tendencias o inclinaciones perturbadoras de su normal desarrollo personal que motivan indudables desajustes a su convivencia con los demás por ello la finalidad esencial de éstas medidas es de prepararle eficazmente para la vida”.³⁰

Ciertamente, las cosas en esa época funcionaban así, no por una situación de azar; sino, porque existía una concepción de justicia que sustentaba este modelo cuyas raíces debemos entender pues como demostraremos en las siguientes páginas, muchos de los elementos que la sustentan subsisten en nuestra actual Administración de Justicia.

2.2. La crisis del modelo tutelar

2.2.1. El caso Gault

Gerald Gault, un adolescente de 15 años, en Arizona (Estados Unidos), el 8 de junio de 1964, fue detenido y acusado de hacer unas llamadas obscenas a su vecina.

Sus padres no fueron informados de su detención hasta pocas horas antes de la realización de la audiencia, donde no concurrió la víctima y el Juez, no le advirtió que podía permanecer en silencio ni que podía contar con la asistencia de un abogado.

Así, pese a la vulneración de su derecho de defensa, Gault fue internado en un establecimiento correccional (la Escuela Industrial del Estado) hasta los 21 años. Un adulto por el mismo hecho, podría haber sido condenado a una multa de U\$ 50 o a dos meses de prisión. Los padres de Gault fueron impedidos de apelar, pues el propio tribunal consideró que su decisión era justa. Sus padres no se quedaron tranquilos e interpusieron un Habeas Corpus, el cual a pesar de ser denegado permitió a la Corte Suprema tomar conocimiento del caso y desnudar el modelo de autoritario de control social aplicado por la doctrina de la situación irregular, la cual es definida por García Méndez como la legitimación de una potencial acción judicial

³⁰ MENDIZABAL OSES, Luis “Derecho de menores” Teoría General Ediciones Pirámide SA Madrid, 1977, p 409.

indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad³¹.

2.2.2. La clave de la injusticia en la Doctrina de la Situación Irregular

En esta doctrina se trató de la misma manera tanto al niño y adolescente que están en estado de abandono como al que ha infringido alguna ley. Esto ha propiciado que se realice una intervención o sistema de control social, vigilancia y corrección bajo el nombre de Justicia de Menores que encubrió un sistema de penas ampliado e ilimitado basado en las ideas de observación, corrección y control, el cual tenía como sustento ideológico la no consideración de los niños y adolescentes en un plano de igualdad con los adultos, es decir, en la negación de su condición de sujetos de derechos, “los ideales ilustrados no los habían alcanzado”³².

Un niño en “situación irregular” era todo aquel que se encontraba material o moralmente abandonado. Así, su “situación irregular” se podía expresar tanto por el maltrato que podía recibir de sus padres, por ser expósito y encontrarse viviendo en la calle, como por haber infringido la ley. Frente a todas estas situaciones que se consideraban similares, el Modelo Tutelar tenía una respuesta privilegiada: la institucionalización, en el entendido que el “menor” debe ser apartado de su medio e internado por su “bien”.

2.2.3. Características de las legislaciones tutelares

La doctrina³³ es uniforme en caracterizar a las legislaciones tutelares con algunos rasgos centrales. Verifiquemos los que presenta el caso Gault

- No diferencian el ámbito tutelar del penal, de tal modo que trata al adolescente que está en abandono del mismo modo que al que ha cometido una infracción a la ley penal, promoviendo una intervención represiva judicial frente al riesgo social (criminalización de la pobreza), pues los internamientos efectuados por situación de

³¹ GARCIA MENDEZ, Emilio “Infancia y Derechos Humanos” Estudios Basicos de Derechos Humanos II Primera Edición 1995, San José de Costa Rica, p 298.

³² Nos referimos a los ideales de libertad, igualdad y fraternidad que inspiraron la revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789.

³³ GARCIA MENDEZ, Emilio, ibidem p 13, En el mismo sentido CARRANZA Elías y MAXERA Rita, “El Control Social sobre niños, niñas y adolescentes en América latina” en La Niñez y La Adolescencia en conflicto con la Ley Penal. Un nuevo Derecho Penal Juvenil, Un derecho para la Libertad y Responsabilidad PNUD, El Salvador, 1995 p 63-82

abandono material o explotación, tienen como consecuencia real una privación de la libertad. Así, en el Modelo tutelar, se expresa un derecho penal juvenil de autor por medio de un “tratamiento tutelar” del “problema penal” y un “tratamiento penal” del “problema tutelar”.

Esto se pone en evidencia en nuestro caso, pues Gault, contra quien pesaban cargos por infracción a la Ley Penal, fue enviado a un centro que por lo menos en apariencia respondía a un ideal más de protección que de sanción (escuela industrial) pero que en la práctica representaba una privación de la libertad totalmente desproporcionada respecto a la falta cometida.

- Niegan todos los principios del derecho, pues los derechos carecen de contexto en una intervención para “beneficiar” y no “para castigar” a un niño o adolescente que no es sujeto de derechos sino objeto de protección.

La Corte Suprema de los Estados Unidos que analizó el caso Gault, señaló que una persona que no ha cumplido los 18 años, tiene derechos procesales básicos: ser informado (él y sus padres) de todos los cargos, asistencia legal, control de la prueba y derecho a no declarar contra sí mismo, los cuales conforman el contenido esencial del debido proceso, que como vemos, no fueron respetados pues supuestamente no tenía ninguna cabida en una intervención cuya finalidad era “proteger”.

- Construyen una semántica llena de eufemismos que esconde las verdaderas consecuencias en la vida de los niños y adolescentes del sistema tutelar.

En el caso “Gault”, la cárcel no es llamada cárcel, sino; “casa de recepción”, “escuela industrial” o como fuere, escondiendo tras esas palabras la verdadera función práctica de centros de confinamiento que desempeñan.

- El juez es un buen padre de familia, con facultades discrecionales y sin control frente a sus decisiones. (arbitrariedad). Una de las características de este sistema es la imposibilidad de apelar, lo cual llevó a los padres de Gault, a la necesidad de interponer acciones de garantía.

2.2.4. Justicia Tutelar: hay amores que matan

“En el amor no hay límites, en la justicia sí. Por eso nada contra el amor cuando el mismo se presente como un complemento de la justicia. Por el contrario todo contra el “amor” cuando se presenta como un sustituto cínico o ingenuo de la Justicia”
Emilio García Méndez

El amor por amor no es suficiente. Así las buenas intenciones y el voluntarismo filantrópico, paternalista y correctivo de los tutelaristas no fueron suficientes para que el Modelo Tutelar librara de la represión y del castigo a los niños y adolescentes. Las palabras no bastan, como no es suficiente parecer un “Juez o fiscal bueno” para ser un “buen juez o fiscal”.

En síntesis, como señala Paola Hall, las legislaciones tutelares han sido “una forma disfrazada y sustitutiva de control social”³⁴, pues “se huyó del tratamiento retributivo ordinario buscando una modalidad similar, aunque en apariencia diferente”³⁵ Un castigo disfrazado de protección

El resultado: un amor expresado en legislaciones plagadas de eufemismos y buenos deseos, en su aplicación práctica afectaba de modo concreto a los niños y adolescentes que por su causa eran institucionalizados por tiempo indeterminado. Un amor que hacia daño. ¿Seguirá haciéndolo, a pesar de que ahora supuestamente nuestra legislación se encuentra adscrita al Modelo de Protección Integral?

2.3. La adecuación “legal” al Modelo de Justicia de la Protección Integral

2.3.1. Alberto y Ademir conocen el modelo de la Justicia que la práctica define³⁶

El 5 de junio de 2002, en la ciudad de Pisco, personal policial recibió la denuncia de César Héctor por el hurto de una serie de animales de corral de su propiedad entre los que se encontraban: 5 gallos de pelea, cuatro gallinas finas, 32 conejos y un cachorro boxer. Julio César contó a la Policía que

³⁴ HALL, Ana Paola en “Los Derechos del Niño y su responsabilidad Penal” Las dos caras de la Moneda, artículo publicado en “Justicia Penal y Sociedad” Revista Guatemalteca de ciencias penales, Año 6, N 8, Abril de 1998, p 26.

³⁵ HALL, Ana Paola, Ibidem ,p 27.

³⁶ El presente caso es real, corresponde al expediente 183505-2002-00243, tramitado ante el Quinto Juzgado de Familia de Lima. Sin embargo, algunos datos del expediente han sido cambiados a fin de preservar la identidad de los adolescentes implicados.

tenía “sospechas” de dos adolescentes que se dedicaban a lustrar zapatos en la plaza pública.

Tres días después, la policía interviene a dos lustrabotas de la plaza de armas de Pisco: Alberto de 14 años y Ademir de 13 años de edad³⁷, quienes en su declaración prestada en la comisaría con la participación de la Representante del Ministerio Público, sin la participación de sus padres, aceptaron en parte los cargos que se les imputaba, precisando que es verdad que ingresaron al corral de propiedad del agraviado, sin embargo, no sustrajeron la cantidad señalada sino 5 gallos, dos conejos, dos gallinas habiéndolas vendido por un monto total de 35 soles que se dividieron por la mitad y que el perro boxer se les escapó y que no saben de su paradero.

Con la información recabada la policía intervino la casa de la señora Eufracia (mamá de Ademir) en la que se encontró 3 gallos de pelea, dos gallina y un conejo; devolviendo las especies a su propietario, elevando un Informe Policial el mismo que fue remitido a la Fiscalía poniendo “a disposición” a los adolescentes físicamente, la misma que formalizó la denuncia respectiva ante el Juzgado de Familia de Pisco, por “hurto agravado de animales domésticos y de corral”, tipificando la conducta en los alcances del artículo 186 incisos 1, 3 y 6 del Código Penal³⁸.

El Juzgado de Familia de Pisco promovió acción penal contra los adolescentes denunciados con la misma tipificación penal, determinando la condición procesal de internamiento preventivo en el Centro de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima, fundamentando entre otros aspectos en el hecho de que no era la primera vez que los adolescentes cometían estas conductas, que incluso en ocasión anterior habían ingresado al domicilio del mayor PNP de Pisco, precisando además que el hurto había sido de forma sistemática sustentando jurídicamente la medida decretada en el cumplimiento de los presupuestos señalados en el artículo 209 y 211 del CNA³⁹. En la misma resolución, el juzgado de Pisco se inhibió de los

³⁷ Hay que recordar que en ese momento la responsabilidad penal del adolescente comenzaba a los 12 años, no como es en la actualidad a los 14 años.

³⁸ "Artículo 186.- El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

1. En casa habitada.
3. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
6. Mediante el concurso de dos o más personas”.

³⁹ Artículo 209.- Internamiento preventivo.- El internamiento preventivo, debidamente motivado, sólo puede decretarse cuando existan:

a) Suficientes elementos probatorios que vinculen al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor;

actuados y remitió el expediente a la Mesa de Partes Unica de los Juzgados de Familia de Lima, debido a que en la ciudad de Pisco no hay Centro de Diagnóstico. Esta decisión la realizó al amparo de la Resolución 074 CME- PJ que ordena que los juzgados de Familia de Lima se avoquen a los actuados y procesen a los adolescentes de provincias con mandato de internamiento y autoriza su itinerancia al lugar en el que se produjeron los hechos para la Realización de la Diligencia Unica de Esclarecimiento de los Hechos.

El abogado de los adolescentes interpone un recurso de apelación contra el mandato de internamiento decretado, el mismo que es proveído “Dése cuenta por el juzgado competente por haberse ya inhibido el juzgado de Pisco”.

Los adolescentes son inmediatamente trasladados, pero recién 15 días después llega el expediente a la Mesa de partes del Juzgado de Familia de Lima, el cual emite una resolución de avocamiento y señala Diligencia para después de un mes en la ciudad de Pisco, y dando cuenta de la apelación interpuesta eleva el incidente de apelación el mismo que cinco días después recibe la Sala de Familia para resolver.

¿Conforme a lo expuesto en el caso?. ¿Con qué Modelo de Justicia se encuentran Alberto y Ademir?

Destaquemos algunos hechos que nos servirán para analizar el caso y responder esta interrogante.

- La intervención de los adolescentes, se produjo sin mandato judicial. Esta vulneración de derechos es avalada por la Fiscalía.
- La Declaración que prestan a nivel policial se efectuó sin la presencia de sus padres
- El juzgado dispone internamiento preventivo (detención) por un hecho por el cual un adulto, jamás sería detenido, la medida coercitiva es totalmente desproporcionada a la imputación que se hace sobre ellos. Además está motivada en que “no era la primera vez que lo hacían”

b) Riesgo razonable de que el adolescente eludirá el proceso; y

c) Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.

Artículo 211.- Internación.- La internación preventiva se cumplirá en el Centro de Observación y Diagnóstico del Poder Judicial, donde un Equipo Multidisciplinario evaluará la situación del adolescente. El Estado garantiza la seguridad del adolescente infractor internado en sus establecimientos.

- El Juez natural no es respetado.
- Existe dilación en la vista del recurso impugnatorio frente a la medida coercitiva.

Señala otros elementos adicionales que consideres relevantes en el caso.

Ahora responde ¿Qué Modelo de Justicia encontraron Alberto y Ademir? ¿Por qué?

2.3.2. ¿Por qué sólo hablamos de adecuación legal a la Convención?

La aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, exigió la adecuación y adscripción de nuestra legislación a la Doctrina de la Protección Integral que la sustenta y la superación del Paradigma Tutelar, cuyas características analizamos, con el caso Gault, sin embargo como veremos muchas de las cosas en realidad muy poco han cambiado en la práctica, por eso podemos hablar con propiedad mas de una adecuación legal a la convención mas que de una adecuación material, la cual aún es un objetivo por lograr.

Existen cinco instrumentos básicos que contienen los lineamientos de la Intervención Penal Juvenil conforme a la Doctrina de la Protección Integral los cuales en orden cronológico son:

1. Las Reglas Mínimas de Las Naciones Unidas Para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985, Las Reglas de Beijing,(RB)
2. La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) del 20 de

noviembre de 1989. Especialmente los artículos 12, 37 y 40.

3. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptada en la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.(RNUPMPL)

4. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (directrices de Riadh) Adoptadas y Proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 (DR)

5. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la Libertad (reglas de Tokio) adoptadas por Resolución 45/110 de la Asamblea General.

La Convención es para nuestro Estado, vinculante y tiene rango Constitucional (por ser un tratado sobre Derechos Humanos). Asimismo, es de aplicación directa e inmediata. Por otro lado, la Convención, forma con nuestra Constitución y los demás Tratados Internacionales un “bloque de constitucionalidad”, en la medida que no se puede interpretar la Constitución, sin la Convención. Del mismo, modo obliga a que las normas de menor rango sean interpretadas y aplicadas desde este bloque de constitucionalidad.⁴⁰

La inobservancia de los Derechos que reconoce, genera responsabilidad que agotada la vía interna puede ser exigida ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁴¹. Así la Convención, exige una adecuación sustancial y procesal de la Justicia Penal Juvenil de cada país que ha suscrito la Convención a la Doctrina de la Protección Integral.

Sin embargo, esta adecuación a nivel latinoamericano no ha sido uniforme ni ha estado exenta de dificultades, de marchas y contra marchas pues muchas de las legislaciones, entre ellas la nuestra, pese a la intención de concordar el marco interno con el internacional, ha mostrado serias contradicciones de técnica legislativa, tal es el caso de la regulación del

⁴⁰ Las otras normas internacionales, si bien no tienen fuerza vinculante sirven en la interpretación de los tratados y en la implementación de las políticas públicas. Asimismo, en nuestra legislación pueden ingresar por los llamados derechos fundamentales innominados cuya regulación contempla nuestra constitución en su artículo 3 “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”

⁴¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre los alcances de la Convención en la Opinión Consultiva OC-17-2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de agosto del 2002. Asimismo, ha condenado a Guatemala en el Caso “Villagrán Morales” y a nuestro país Perú en el caso “Gomez Paquiyauri”

pandillaje pernicioso, figura delictiva configurada con una alta dosis de Retribucionismo. Asimismo, encontramos también rezagos de tutelarismo, en normas como el artículo 209 del Código de los Niños y Adolescentes⁴², el cual permite el “internamiento preventivo” (detención) como medida coercitiva personal, por hechos por los cuales un adulto nunca lo estaría, al no considerar la “gravedad” del hecho como uno de los elementos que debe exigirse de modo copulativo para su acuerdo. Igual suerte, corre el artículo Art. 236 inciso b. Código de los Niños y Adolescentes⁴³ al señalar como criterio para la aplicación del internamiento como medida socio educativa la reiteración en la perpetración de otras infracciones coloca a la justicia penal juvenil peruana dentro de un derecho penal de autor, lo cual pone de manifiesto la supervivencia de rasgos correccionalistas y autoritarios en nuestra legislación (neo-tutelares).

Un obstáculo adicional para la adecuación legal a la Doctrina de la Protección Integral es el mantenimiento del sistema procesal inquisitivo y autoritario en la Justicia Penal Juvenil ahondado por características particulares del sujeto activo:⁴⁴

El juez dirige la investigación ordenando en el auto cabeza de proceso la actuación de las diligencias necesarias. Los medios probatorios de la defensa se pueden presentar hasta cinco días antes de la Diligencia Unica de esclarecimiento de los hechos. Antes de ella, el adolescente únicamente ha declarado ante el juez y sólo volverá a participar en la Diligencia en su autodefensa o en alguna confrontación si esta es solicitada por alguna de las partes.

El adolescente desconoce los elementos que fundamentan la incriminación penal, pues la Diligencia comienza con la declaración del agraviado sin que el Ministerio Público haya oralizado la acusación. No tiene tampoco posibilidad de conocerla al realizarse el dictamen por escrito luego de la actuación de los medios probatorios sin participación alguna del adolescente. Asimismo, al notificársele la sentencia por tratarse

⁴² Artículo 209.- Internamiento preventivo.- El internamiento preventivo, debidamente motivado, sólo puede decretarse cuando existan: a) Suficientes elementos probatorios que vinculen al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor; b) Riesgo razonable de que el adolescente eludirá el proceso; y c) Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.

⁴³ Artículo 236.- Aplicación de la Internación.-La Internación sólo podrá aplicarse cuando: a) Se trate de un acto infractor doloso, que se encuentre tipificado en el Código Penal y cuya pena sea mayor de cuatro años; b) Por reiteración en la perpetración de otras infracciones graves; y c) Por incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta.

⁴⁴ Aquí es perfectamente válida la afirmación de Mary Belof, de que los sistemas inquisitivos y tutelares se han alimentado recíprocamente. Cfr BELOFF, Mary, “Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano” Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p 28.

de medida socio-educativa distinta al internamiento, se concreta la violación al debido proceso, al ser sancionado en ausencia y dentro de un proceso en el que escasamente ha participado.

2.4. La Protección integral y el trato del adolescente que exige

La Doctrina de la Protección Integral, se sustenta en el reconocimiento de la infancia (desde la concepción hasta los 18 años, no cumplidos), como una categoría jurídica diferenciada dentro de la humanidad. La cual si bien comparte la ciudadanía plena y como tal es titular de todos los Derechos Humanos, goza además de los llamados “Derechos Humanos Específicos” acordes a su edad y desarrollo. Así, desde determinada edad responde penalmente de sus actos, pero dentro de un Sistema de Justicia distinto al de adultos, donde se tienen que observar todos los derechos sustantivos y procesales que le asisten, dentro de una concepción de “doble garantía”, que no es otra cosa que la adecuación de las garantías que tiene todo ser humano a la situación específica en la que se encuentra el adolescente, pues si bien todos tienen derechos, no todos se encuentran en condiciones de ejercerlos del mismo modo.

Un ejemplo de “doble garantía” o “aplicación específica” recogido en nuestra legislación es la exigencia de la presencia de los padres en la declaración de los adolescentes adicionalmente a la del abogado defensor y el fiscal (Art. 203 CNA), así como la notificación de la sentencia a los mismos (Art. 219 CNA). La “ratio legis” de estas normas, se encuentra en que si bien para un adulto, recibiendo la declaración o notificándole a él sobre la decisión jurisdiccional se garantiza su derecho de defensa, en el caso de un adolescente el ejercicio de su derecho de defensa se encuentra condicionado a su capacidad de comprensión de las actuaciones y diligencias para cuyo efecto necesita tener alguna persona de confianza, que contribuya en la comprensión de las actuaciones procesales y en el ejercicio de sus derechos humanos específicos.

Todo encuentro de un adolescente con el Sistema de Justicia en el Modelo de Protección Integral debe ser en primer lugar⁴⁵, respetuoso de los derechos que le asisten, en especial del debido proceso. Sin el respeto de

⁴⁵ Señalamos, “en primer lugar”, pues ya vimos en la lección anterior que sólo garantías no son suficientes.

sus garantías (antes, durante y luego del proceso), no podemos sostener que dicho Modelo se encuentra dentro de la Protección Integral.

La Doctrina de la Protección Integral, exige que el Sistema de Justicia Penal Juvenil:

- Elimine los eufemismos y reconozca que la intervención al adolescente infractor es de naturaleza penal (Principio de Legalidad e interdicción de la arbitrariedad)
- Respeto irrestricto de las Garantías (pre procesales, procesales y de ejecución) en una concepción de doble garantía.
- No sólo la privación de la libertad es una excepción cuya aplicación debe evitarse al máximo; sino que todo el Sistema Penal debe ser de mínima intervención (sólo frente a las infracciones graves) y también de “última ratio” (cuando no se pueda resolver el problema fuera del sistema)
- Aplicación de criterios de oportunidad, que permitan salidas alternativas al Sistema Penal (Desjudicialización).
- Modelo Procesal y Sistema de Sanciones que sobre el castigo y la impunidad, ponderen el efecto educativo de la intervención (responsabilidad)

2.5. Los problemas que afronta la resocialización en el Modelo de Protección Integral ¿De qué estamos hablando?

Creemos que el principal problema que enfrenta la resocialización en la Justicia Penal Juvenil, es la brecha existente entre el programa que se plantea y los resultados que puede mostrar como logros. La principal razón de esta situación se encuentra a nuestro parecer en la inejecución de las decisiones judiciales en medio abierto, y en la deficiente administración de recursos presupuestales, humanos y materiales en la implementación de las medidas tanto en medio abierto como en medio cerrado. A continuación abordamos este problema ensayando algunas propuestas de solución:

2.5.1. La Inejecución de las medidas en medio abierto y la arbitrariedad en el medio cerrado: Una ausencia total del proceso luego del proceso

En nuestra legislación, la sentencia mata el proceso y termina con la intervención del Estado. No importa si el adolescente cumple o no cumple la medida socioeducativa. La notificación de la sentencia con medida distinta al internamiento es el epitafio del fracaso del sistema de control social formal.

De un Derecho Penal simbólico, sin utilidad, ni para la sociedad, ni para la víctima ni para el adolescente.

Cuando el adolescente reingresa al sistema pasará las mismas etapas, en un proceso donde se termina sentenciando por dichos y principalmente por su aceptación, sabrá que no decir para evitar ser sentenciado, haciendo de la nueva intervención penal una burla a la justicia y a su finalidad.

Así, de un lado con la ausencia de normas que sostengan la ejecución de las medidas, ni infraestructura, así como instituciones responsables del seguimiento, las medidas socioeducativas son medidas del papel, de la ley, sin efectividad práctica, al no desarrollarse un proceso judicial de ejecución que verifique su cumplimiento, lo que hemos denominado un proceso luego del proceso.

Por otro lado, en el caso del internamiento, que es prácticamente la única medida socio educativa que se ejecuta, la inexistencia de reglas claras que regulen la vida del adolescente privado de libertad, favorecen la actuación arbitraria y la violación de sus derechos humanos, donde por ejemplo, se efectúan sanciones administrativas de aislamiento, ejercicios y trabajos forzados a cargo de los educadores sociales sin ningún control judicial y con no pocos excesos que lidian con el delito.

En este aspecto llama profundamente la atención que el Código de los Niño y Adolescentes consigne una serie de derechos que debe tener el adolescente interno entre los que destaca la impugnación de las medidas disciplinarias, tales como el aislamiento, la suspensión o restricción de las visitas. La pregunta sería ¿Ante quién? Como no se señala ello. Los jueces en casos como éstos han invocado las normas del Código de Ejecución Penal que usan las normas del proceso administrativo (Art. 55 del Reglamento del Código de Ejecución Penal) Al no haber una regulación que posibilite el control judicial de estas medidas disciplinarias se vulnera su derecho de acceso a la justicia y al no haber un procedimiento previamente establecido para aplicarlas ni garantizarse el ejercicio de sus derecho de defensa se vulnera también su derecho a un debido proceso tanto en su faz adjetiva como sustantiva.

Por esta razón consideramos que en tanto no haya una regulación específica que establezca, garantizando el principio de legalidad, que hechos cometidos por los adolescentes pueden ser considerados faltas administrativas, el tipo de sanciones y el procedimiento con el que se

aplicarían las mismas, el derecho a impugnar las medidas disciplinarias al que hace referencia el inciso 1 del artículo 240 del Código de los Niños y Adolescentes, debe entenderse a nivel judicial.

En este caso, pensamos que el Juez que dispuso su internamiento debe también resolver la impugnación realizada en audiencia previa escucha del Equipo Técnico, luego de tomar conocimiento de los hechos por la petición verbal realizada por el adolescente, su familia o defensa.

Ahora bien, la legitimación para impugnar la medida debe ser amplia, es decir, debe estar en condiciones de impugnar estas medidas el adolescente en forma directa, haciendo uso en este caso de su derecho a comunicarse en privado, sus familiares, su abogado, o el fiscal a solicitud de cualquiera de los anteriores.

Lamentablemente no se entiende así, consolidándose por la práctica la arbitrariedad, favorecida por la ausencia de una regulación específica que recoja las reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990. Es urgente por ello, superar la anomia en la ejecución de las medidas socioeducativas y desarrollar una legislación específica adaptada a las normas internacionales.

2.5.2. El seguimiento de la ejecución de las medidas: Hacia la muerte de un Derecho Penal simbólico en los adolescentes

Solamente un seguimiento adecuado del cumplimiento de las medidas aplicadas puede eliminar todo vestigio del Derecho Penal existente únicamente en el papel y transformar el símbolo de la sanción penal juvenil, inejecutable e inútil en una experiencia educativa que genere en el adolescente un respeto por la normas, los bienes jurídicos y el Estado de Derecho.

En el caso del seguimiento de las medidas socioeducativas, es conveniente el establecimiento de un nivel de responsabilidades en función del tipo de medidas socioeducativas aplicadas. Así en el caso de las alternativas al internamiento, consideramos que teniendo en cuenta el fracaso del Servicio de Orientación al Adolescente debe abandonarse la centralización de la ejecución a cargo del Poder Judicial, a fin de que sean los gobiernos locales quienes deben encargarse del seguimiento de las medidas y de su ejecución, estando a cargo de las regiones el establecimiento de un comité

técnico de capacitación, supervisión y monitorización, el mismo que deberá informar al ente rector.

De este modo el control inmediato de la ejecución de las medidas no privativas de libertad debe estar a cargo de la administración. Sin embargo, el juez de familia del lugar de la ejecución debe ser informado del incumplimiento de la medida para que pueda ser citado el adolescente y de ser el caso ante la flexibilización de las mismas pueda ser cambiada por otra que se encuentre en posibilidad de cumplir y de ser reiterado el incumplimiento y sin motivo, poder en última instancia la posibilidad de conversión con la medida socio educativa de internamiento.

Ciertamente sin el control adecuado de la ejecución de las medidas socio educativas, no se logrará jamás, su reintegración ni menos que el adolescente asuma una función constructiva en la sociedad⁴⁶. Es preciso por ello, verificar el cumplimiento, no únicamente en el plano formal (plazo) sino en el ámbito material (efectos, positivos, resultados verificables), toda vez que la reintegración social sólo se logra por medio del mejoramiento y desarrollo de las capacidades de adecuación y convivencia del adolescente tanto dentro de su familia, como en su entorno social⁴⁷, y del aprovisionamiento de conocimientos, competencias como herramientas básicas para el desarrollo personal.⁴⁸ La ejecución de la medida por lo tanto tiene un componente educativo ineludible el cual, no depende de la medida formalmente aplicada, sino de la oportunidad que el Estado no desaproveche para brindar al adolescente que ha infringido el sistema todo lo que era su deber y no le ha dado aún. La ejecución de la medida es un derecho del adolescente y un deber del Estado, sin el seguimiento de la misma, las medidas alternativas se convierten en mero simbolismo, sin efectividad práctica, ni sentido.

Es necesario que el adolescente entienda que debe de cumplirla, siendo detenido si es necesario, en caso de resistirse a ello, por que tiene que entender que las leyes existen para ser respetadas. Asimismo debe el

⁴⁶ CIDN Art. 40.1 infine

⁴⁷ Cfr. Art 629 Ley Venezolana. De lo que se trata desde nuestra perspectiva es el cambio de actitudes.

⁴⁸ Nos referimos a las competencias, como elementos centrales de la educación por ser una mezcla de teoría y práctica, a diferencias de los conocimientos que son básicamente teóricos y no tienen una aplicación práctica de inmediata verificación. Así, son competencias, el saber reparar el motor de una licuadora, conocer a nivel de usuario el funcionamiento de programas de computación, dominar un idioma, saber leer, mejorar la comprensión de la lectura, etc. En este sentido consideramos que las medidas socio educativas deben tener por principal fin no sólo rehabilitar como señala nuestro CNA en su Art. 229; sino, reinsertar.

Estado mejorar la calidad de su ejecución, internamiento no puede ser simple encierro, libertad asistida, firmar un cuaderno en un juzgado o una Demuna, libertad restringida, recibir charlas con cierta periodicidad; sino una intervención del Estado en el mejoramiento de la dinámica familiar del adolescente para potenciar sus capacidades desde su propio entorno.

Por ello, consideramos que es conveniente que el equipo multidisciplinario, diseñe un plan individual para ser aplicado en la ejecución de la medida, sea de internamiento o en libertad, cuyo desarrollo debe ser supervisado por el juzgado y servir de base para la modificación de la medida incluso en ejecución para ajustarlo a las necesidades del adolescente.

La Ley Venezolana señala al respecto: “El plan debe ser formulado con la participación del adolescente, se basará en el estudio de los factores y carencias que incidieron en su conducta y establecerá metas concretas, estrategias idóneas y lapsos para cumplirlas”⁴⁹.

El seguimiento del desarrollo de este plan debe estar a cargo del juez, del lugar de ejecución de la medida quien debe resolver las incidencias que se presenten durante su ejecución. Así, si un adolescente es sentenciado por ejemplo a internamiento y se cumple dicho internamiento en Lima, el control de ejecución debe estar a cargo del juez de Lima.

Ahora bien una vez concedido el beneficio de semi-libertad, debe de trasladarse el seguimiento al juzgado de la provincia donde se completará la ejecución de la medida.⁵⁰

Por otro lado, es preciso que se establezcan claramente los derechos y deberes que tiene el adolescente durante la ejecución de las medidas, no únicamente en el ámbito cerrado como lo hace nuestro Código en su Art.

⁴⁹ Art 633. La Ley comprendía únicamente el plan a los casos de internamiento, nosotros consideramos que debe ser aplicado a todas las medidas.

⁵⁰ Nuestro Código omite una regulación frente a la ejecución de las medidas, la Ley venezolana en su artículo 647 señala como atribuciones del juez de ejecución: a) Vigilar que se cumplan las medidas de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia que las ordena; b) Controlar que la ejecución de cualquier medida no restrinja derechos fundamentales que no se encuentren fijados en la sentencia condenatoria; c) Vigilar que el plan individual para la ejecución de las sanciones este acorde con los objetivos fijados en esta Ley; d) Velar porque no se vulneren los derechos del adolescente durante el cumplimiento de las medidas, especialmente en el caso de las privativas de libertad; e) Revisar las medidas por lo menos una vez cada seis meses, para modificarlas o sustituirlas por otras menos gravosas, cuando no cumplan con los objetivos para los que fueron impuestas o por ser contrarias al proceso de desarrollo del adolescente; f) Controlar el otorgamiento o denegación de cualquier beneficio relacionado con las medidas impuestas; g) Conocer y decidir sobre la impugnación de las medidas disciplinarias impuestas a los privados de libertad; h) Decretar la cesación de la medida y las demás que señale la Ley. El fiscal puede de acuerdo al artículo 650 de la misma ley, solicitar la cesación, modificación o sustitución de las sanciones decretadas.

240; sino, también durante la ejecución de las medidas alternativas o no privativas de libertad⁵¹.

Por último, un adecuado seguimiento implica también el funcionamiento de instituciones dedicadas a la ejecución de las medidas debidamente implementadas y con personal calificado en el área social, pedagógico y psicológico⁵², que tengan la capacidad de insertar a la familia del adolescente en su proceso de reinserción y superación personal, instituciones con capacidad de efectuar un registro del seguimiento que refleje la evolución del adolescente durante la ejecución.

Este registro debe formar un expediente confidencial el cual sólo será revisado a pedido del juez, en el caso de la revisión de las medidas disciplinarias y en la toma de medidas siguientes a fin de tener en cuenta la más adecuada a la personalidad del adolescente.

3. El Rol de los operadores en la configuración del Modelo de Justicia y en sus resultados

Los resultados del Modelo, no sólo tienen que ver con el diseño legal sino también con la estructura institucional y con la cultura organizacional, puede ser por ello que un sistema legal haya sido modificado por completo, pero si la cultura jurídica que le da sentido no cambia, muy pocos resultados se notarán.

Así, por ejemplo en la Justicia Penal Juvenil, pese a que el Modelo de Protección integral había reemplazado legalmente al Modelo Tutelar, la cultura judicial aún no había cambiado, revisemos el siguiente caso para ilustrar lo que estamos afirmando:

⁵¹ Sobre el particular el Artículo 630 de la Ley Venezolana, señala como Derechos de la Ejecución de las Medidas sin que la enumeración sea limitativa: a) Ser mantenido, preferentemente, en su medio familiar si éste reúne las condiciones requeridas para su desarrollo; b) A un trato digno y humanitario. c) A recibir información sobre el programa en el cual esté inserto, sobre las etapas previstas para el cumplimiento de la medida; así como sobre sus derechos en relación a las personas o funcionarios que lo tuviere bajo su responsabilidad; d) A recibir los servicios de salud, sociales y educativos adecuados a su edad y necesidades, y a que aquellos sean proporcionados por personas con la formación profesional idónea; e) A comunicarse reservadamente con su defensor, con el Fiscal del Ministerio Público y con el Juez de Ejecución; f) A presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le garantice la respuesta y, especialmente, a promover incidencias ante el Juez de Ejecución; g) A comunicarse libremente con sus padres, representantes o responsables, salvo prohibición expresa del juez; h) A que su familia sea informada sobre los derechos que a ella le corresponden, y respecto de la situación y los derechos del adolescente;

⁵² En el caso del Centro de Diagnóstico de Lima cabe a notar que el personal no es calificado, al estar compuesto en su mayoría por personas que no han completado sus estudios profesionales, teniendo especialidades distintas a las mencionadas. Deben establecerse criterios de selección que incidan en su capacidad de autocontrol, equilibrio emocional, capacitación en derechos humanos, etc.

El año 1999, nuestra legislación no reconocía de modo específico la prescripción de la medida socioeducativa. Sin embargo muchos jueces aplicando en forma supletoria el Código Penal, declaraban prescritas las medidas impuestas a los adolescentes si había transcurrido los plazos de prescripción fijados por la legislación penal⁵³.

La parte agraviada, que a la sazón era el Procurador del Ministerio del Interior, pues la infracción a la Ley Penal cometida era contra la tranquilidad pública, interpuso apelación ante la declaración de prescripción de una medida socioeducativa impuesta a un adolescente, que había sido declarada prescrita, señalando que la medida socioeducativa era imprescriptible.

La Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 29 de setiembre de 1999, en la sentencia de vista del Expediente 183505-1998-0274, del Quinto Juzgado de Familia, declaró nula la resolución que amparó la prescripción de la medida socio educativa señalando entre sus fundamentos: que “1) Conforme lo señala el inciso c, del artículo 227 del Código de los Niños y adolescentes, la sentencia tratándose de la comisión de hechos delictuosos por menores y adolescentes debe contener una medida socio educativa que se imponga y no se le impone una pena. 2) Las Medidas Socio educativas aplicables a los menores y adolescentes, por su naturaleza no son prescriptibles”.

La Fiscalía Superior de Familia de Lima, el dictamen 350-99 del 22 de setiembre de 1999, manteniendo el mismo razonamiento y previo a la resolución comentada señaló “...*que se debe tener en cuenta que la sanción penal tiene una naturaleza jurídica y una finalidad distinta a la medida socio educativa para los adolescentes, ésta última no es una sanción sino debe entenderse que es un medio por el cual se quiere reeducar al adolescente infractor para su beneficio y reinserción en la sociedad*”.

Ambas decisiones de los magistrados superiores de nuestro poder judicial relativamente recientes expresan sin lugar a dudas una visión tutelar de la justicia penal juvenil en el Poder Judicial y el Ministerio Público, donde una de las expresiones más frecuentes de su visión asistencial, es el uso reiterado de eufemismos con los que se pretende encubrir que se está juzgado a un adolescente responsable penalmente por sus actos y pasible de sanciones si es hallado responsable.

⁵³ Cfr Arts. 80 y ss del Código Penal.

Un Sistema de Justicia, no es sólo norma jurídica, es de modo fundamental práctica jurídica. El operador (fiscal o juez) interpreta y aplica la norma prefigurada en el Modelo de acuerdo a la cultura jurídica que tiene. Así, su cultura tutelar o retributiva hace, que éstos modelos superados desde el punto de vista teórico pervivan.

En el cambio y superación de los Modelos tutelares y retributivos, la modificación legislativa, es sólo la primera batalla, la guerra se ganará cuando en el conflicto entre la cultura neo tutelar, y neo-retribucionista con la cultura de la Doctrina de la Protección Integral, las prácticas jurídicas de ésta reemplacen a las anteriores.

El Retribucionismo dio paso a doctrinas terapéuticas y de tratamiento, y éste a la Doctrina de la Protección Integral (en la justicia penal juvenil) y al Derecho Penal Mínimo y Modelo Acusatorio-Adversarial en la Justicia Penal de adultos, pero su instauración depende de personas, sin ellas sólo tenemos “lo viejo, dentro de lo nuevo”. Somos nosotros, los operadores, quienes definimos con “nuestras acciones y actitudes” el Modelo de Justicia que se aplica en la Justicia Penal. Cabe preguntarnos ahora ¿Cuál es el modelo de Justicia Penal al que se adscribe nuestra práctica jurídica? ¿Estamos satisfechos con lo que estamos logrando hasta el momento en nuestro trabajo? Sin duda que responder a esta pregunta pasa por encararnos decididamente con el resultado de la intervención en cuanto a la resocialización se refiere y con la cuota de responsabilidad que tenemos en dicho resultado.

4. Los resultados del tratamiento resocializador en la Justicia de Adultos y en la Justicia Penal Juvenil

A pesar de que la resocialización como fin de la pena ha sido reconocido por todas las legislaciones modernas, llama la atención que esta previsión legal sea tal vez una de las previsiones legales más programáticas y con menor presupuesto.

Así al margen de las críticas teóricas que se han hecho de la resocialización

- Supuesta utilización de los delincuentes a quienes se les aplica tratamientos contra su voluntad, los cuales pueden incluso ser violatorios de su dignidad y derechos humanos, por ejemplo los trabajos forzados, esterilización, condicionamiento para el otorgamiento de beneficios, etc,
- No se puede demostrar la peligrosidad del delincuente, por lo que se constituye en un derecho penal de autor
- la finalidad de la pena no siempre es necesaria (delito de tráfico) o posible (delincuente habitual) el problema

mayor que afronta la resocialización es el déficit de implementación, sea por falta de recursos humanos y materiales o por mala gestión y orientación de los mismos orientados al logro de resultados.

En este sentido, creemos que no podemos hablar de fracaso de la resocialización en todas sus formas, especialmente de las que tendrían que llevarse a cabo en medio abierto; sino, más bien de falta de implementación de algún mecanismo de resocialización en medio abierto tanto a nivel de la justicia de adultos como en la justicia penal juvenil podemos constatar que las penas y medidas socio educativas en libertad prácticamente no se han implementado, por lo que mal podríamos hablar en su caso de un fracaso.

La medida o pena que sí podemos sostener que ha fracasado, es la privación de libertad, ciertamente también por la deficiente infraestructura carcelaria, como por la falta de recursos humanos especializados que efectúen un tratamiento penitenciario así como por la misma falacia que implica afirmar que todos los que se encuentran privados de libertad pueden ser regenerados, cuando sabemos de antemano que quien mas ingresa a la cárcel más probabilidades tiene de permanecer en ella, pues la cárcel por sí sola representa ya una barrera que en vez de facilitar la reinserción social la dificulta especialmente por el fenómeno de “prisionización” por el cual el interno, asume la cultura, usos, costumbres y valores de la prisión rechazando aquellos que justamente sustentan la resocialización.

Es por ello que diversos estados latinoamericanos han revisado en los últimos años su legislación de ejecución penal como lo hizo Puerto Rico cuando en la Exposición de Motivos de la Ley 377 del 16 de septiembre del 2004, señala como fundamentos:

“Ante el auge de la acción delictiva y la creciente manifestación de conducta violenta en jóvenes y adultos, desde hace años se ha reclamado examinar la política pública y la acción del Gobierno en materia correccional. Estudios recientes, recomendaciones de Comisiones Especiales, datos empíricos y el juicio de peritos en sociología y criminología han planteado la necesidad urgente de transformar la política correccional como componente fundamental de un sistema de justicia criminal que también ha fracasado estrepitosamente (...) No puede soslayarse por más tiempo que las estrategias implantadas en Puerto Rico desde el 1974 hasta el presente, en lugar de prevenir o reprimir la comisión de delitos, parecen reproducir o fomentar la criminalidad. Existe consenso en el reconocimiento de la complejidad del problema pero se recomienda consistentemente que se

evalúen los programas de rehabilitación de sentenciados y el sistema penal en general para proveer alternativas que aminoren la conducta violenta y delictiva desde fases tempranas”

En el caso de la Justicia Penal Juvenil, la situación no es distinta, el supuesto tratamiento diferenciado de los menores distinto a los adultos y adecuado a su situación personal, no fue tal, Así el propio representante del Estado Peruano ante el III Congreso Americano del niño reconoció que la Escuela Correccional de Varones creada en 1902, luego de 20 años de fundada no cumplía su cometido pues en vez de reformar convertía en delincuentes a los centenares de menores que por ella pasaban⁵⁴.

Este divorcio entre el programa planteado y los resultados obtenidos no es un asunto exclusivo del modelo tutelar rehabilitativo, pues pese a haber evolucionado las bases teóricas del tratamiento, los problemas estructurales de falta de recursos humanos y materiales, en la práctica han continuado persistiendo. En este sentido, este sentido pese a que se propugnan en forma obligatoria las actividades pedagógicas y las evaluaciones periódicas por el Equipo Multidisciplinario, durante la internación, incluso la preventiva. (Art. 238 CNA) En el trabajo concreto con los adolescentes hubo más buena voluntad e improvisación que un trabajo serio y metódico.

Es recién desde que las funciones se transfieren al Poder Judicial cuando se diseña el Sistema de Reinserción Social mediante Resolución Administrativa N° 539-CME-PJ- de 25 de noviembre de 1997, modificada mediante Resolución Administrativa N° 075-SE-TP-CME-PJ del 3 de febrero del 2000, mediante el cual se crean diversos programas dirigidos a la resocialización tales como los programas educativos en medio cerrado: donde se incluyen: Recepción e inducción, Acercamiento y persuasión, Formación personal y laboral⁵⁵, así como los programas en medio abierto para la ejecución de la Libertad Asistida, restringida, semilibertad y prestación de servicios a la comunidad. Así como, los programas complementarios tales como el Programa de atención intensiva (PAI) para los adolescentes con problemas de comportamiento, el cual ha devenido en un instrumento de castigo y

⁵⁴ PAZ SOLDAN, Carlos Enrique “Memoria del III Congreso Americano de los Derechos del Niño” citado por VAN DER MAT T, Bruno “Justicia Juvenil Restaurativa frente a las incoherencias de los sistemas de justicia, Algunas Reflexiones, 2009, ponencia sustentada en el I Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa

⁵⁵ Mediante Resolución de fecha 31 de agosto del 2001, se ha aprobado en vía de regularización la Directiva de Derechos, estímulos y sanciones de los adolescentes internos en los Centros Juveniles a Nivel Nacional, con el registro individual de comportamiento del adolescente, sobre el cual incidiremos en el Capítulo en el que trabajamos el debido proceso.

represión sistemático como lo hemos comprobado en el trabajo de campo realizado⁵⁶.

El programa madre María, dirigido a las adolescentes que se encuentran privadas de libertad y se encuentran en gestación, el cual al menos en el papel comprende estimulación temprana y atención integral madre-hijo y Huellas en la Arena, dirigido a los adolescentes externados a fin de promocionarlos y apoyarlos en la reinserción en el núcleo familiar a través de actividades integradoras. En la práctica, la mayoría de estos programas no funciona de la manera como está establecido en los documentos de creación y en los dos últimos casos, simplemente no operan.

¿Está en crisis la Resocialización? Yo creo que no, lo que está en crisis es la forma como pretendemos alcanzarla, y en realidad el camino que seguimos dista aún mucho del correcto. El divorcio entre nuestros deseos y lo que hacemos es un botón de muestra: Mientras el Código de los Niños y Adolescentes establece que el Equipo Multidisciplinario tanto dentro del ámbito cerrado como del abierto debe de hacer el seguimiento de las medidas. (Art. 150 CNA) al no haberse establecido la infraestructura, ni contarse con el personal necesario para poder realizar el seguimiento de las medidas en medio abierto, este seguimiento sencillamente no se hace, lo que confirma el carácter simbólico de las sanciones penales.

⁵⁶ HERNANDEZ ALARCON, Christian “ El debido proceso y la Justicia Penal Juvenil” Tesis para optar el grado de Magíster, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 2005

5. Trabajo de aplicación

Lee la siguiente cita de Alexandro Baratta y responde:

“El derecho es una forma de regulación de lo que en la realidad social se puede calificar de contingente: o sea que puede ser y puede no ser, dependiendo no de la naturaleza; sino de las acciones y las actitudes de las personas”.

¿Cuáles crees que son las causas del fracaso de la resocialización?

¿Tenemos los jueces y fiscales alguna responsabilidad?



Lecturas obligatorias para la Primera Unidad

- **Santiago MIR PUIG ¿Qué queda en pie de la Resocialización? Cuaderno del instituto vasco de criminología San Sebastián N° Extraordinario octubre 1989 II Jornadas Penitenciarias Vasco Navarro p 35-41.**
1. ¿Cuales son las dificultades prácticas que afronta la resocialización?
 2. ¿Después de las críticas que se han hecho, qué queda en pie de la resocialización?
 3. ¿Qué puede hacer el operador en cada caso concreto para evitar ser retribucionista?

UNIDAD 02



¿QUÉ ES LA JUSTICIA RESTAURATIVA?

Unidad
2

¿QUÉ ES LA JUSTICIA RESTAURATIVA?

Presentación de la Unidad 02.

En esta unidad, abordaremos el concepto de la justicia restaurativa, su evolución histórica, el modo como las ideas restaurativas se han convertido en prácticas.

Así mismo se profundizarán en cada uno de los principios de la justicia restaurativa los cuales servirán de elementos diferenciadores para distinguir aquellas prácticas que no forman parte de la justicia restaurativa. De este modo se pretende que el discente comprenda los fundamentos, objetivos y elementos de la justicia restaurativa e internalice sus principios.



Preguntas guía para el estudio del tema 2

- ¿Qué es la Justicia Restaurativa?
- ¿Cómo evolucionaron las ideas Restaurativas en la historia?
- ¿Cuáles son los Principios de la Justicia Restaurativa?
- ¿Qué no es Justicia Restaurativa?

Tema

¿Qué es la Justicia Restaurativa?

1

“Pero existe otro camino, una recuperación del ideal tutelar y un garantismo eficaz con capacidad para combatir dinámica y enérgicamente la dureza de una sociedad ya experimentada en el ejercicio de la crueldad”

Alberto Binder⁵⁷

1. La razones del nombre: Justicia y del apellido: Restaurativa

Hablamos de “Justicia” en su acepción de “mecanismo de solución de conflictos” y le añadimos el adjetivo “restaurativa” para hacer referencia a un modo de alcanzarla restaurando todo lo que el conflicto ha dañado. En los últimos tiempos, alrededor del mundo se han venido implementando diversas experiencias restaurativas, con distintos enfoques en diversos ámbitos de la vida: Así muchos países han llevado adelante procesos restaurativos nacionales (comisiones de verdad y reconciliación), se han venido incorporando diversos aspectos de la Justicia Restaurativa, por medio de leyes (Ejemplo Colombia) o simplemente mediante prácticas o programas de intervención llenando los vacíos existentes en las legislaciones nacionales (gestión de las salidas alternativas en la justicia penal juvenil y de adultos, así como en la ejecución de las sanciones penales) e incluso se han implementado prácticas restaurativas como mecanismo de intervención preventiva en la disciplina escolar.

Podemos señalar por ello, que no hay un “modelo” de Justicia Restaurativa, sino más bien un conjunto de experiencias que luego de ensayo y error, se han venido sistematizando y recogiendo, por lo que aunque no todas experiencias han logrado implementar todos los elementos de la Justicia Restaurativa, podemos advertir que existe ya un movimiento mundial en pro de un cambio en el modo de hacer justicia que no tiene vuelta atrás.

La diversidad de enfoques y prácticas, se pone de manifiesto en las dificultades que se han tenido que superar para la adopción del término justicia restaurativa, pues había antes quienes preferían justicia reparadora o restitutiva (por el énfasis en la reparación de las víctimas o restitución de lo que han perdido), reintegrativa (por la reintegración tanto de la víctima como

⁵⁷

BINDER, Alberto “Menor infractor y proceso... ¿penal? Un modelo para armar ”

del ofensor dentro de la comunidad), transformativa (cambio del crimen en algo distinto), para finalmente imponerse en Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993, el término “restorative justice” o “justicia restaurativa” el cual es el que hoy en día tiene mayor consenso porque su amplitud y generalidad integra sin dificultades todas el espectro de prácticas y experiencias.

2. Hay que recordar las razones de su aparición para entender la Justicia Restaurativa

El modo distinto de hacer las cosas que intenta llevar a cabo la Justicia Resturativa, se basa tanto en el fracaso de la Justicia vindicativa como de la puramente rehabilitadora. Tres corrientes de pensamiento han confluido desde diversas perspectivas para tomar conciencia de este fracaso y propiciar el surgimiento de la Justicia Restaurativa, lo que explica su carácter integral⁵⁸.

a) Incapacidad del Sistema Penal: La crisis de la forma tradicional de resolver los conflictos que ha insistido en la necesidad de buscar soluciones alternativas con mayor intervención de la **comunidad**, la cual debe “hacerse cargo” en forma directa de éstos conflictos, pues al fin y al cabo la persona que ha delinquido es un producto de una comunidad determinada, la cual debe ser involucrada pues es al mismo tiempo que es corresponsable de lo que ha sucedido, debe participar le interesa la solución pues es también víctima indirecta (tiene comunidad de daño con la víctima directa) o es víctima potencial⁵⁹.

Por otro lado, teniendo en cuenta que los sistemas penales responde a determinado Modelo de estado, las democracias modernas en la actualidad habiendo superado el asistencialismo del estado de bienestar, se

⁵⁸ KELMEMAJER, Aída “Justicia Restaurativa” Op Cit, p 119 La autora señala que la confluencia de estas tres corrientes para su aplicación explica su ambigüedad y dificultad para determinar su naturaleza jurídica. Hay quienes puede decir que estamos ante una propuesta ecléctica, y no dejan de tener razón, yo prefiero llamarle integral, pues en todo caso toma en cuenta todos los actores y dimensiones inmersas en el conflicto integrándolas en una nueva propuesta.

⁵⁹ Cesar Herrero señala que la justicia restaurativa no es algo absolutamente novedoso, pues se ha desarrollado a partir de las críticas del sistema penal y de su administración (Cfr HERRERO HERERO, César “Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico”, Dykinson, Madrid, 2005 p 231). Es interesante la posición constructiva de Ceretti quien destaca la que llama “crisis legicéntrica” del derecho, puesta de manifiesto en la difícil adaptabilidad del sistema jurídico (centralizado y formalista) frente a la complejidad de los vínculos sociales y a la demanda de una participación más activa por parte de los ciudadanos en la gestión directa. (Cfr CERETTI, Adolfo “Mediación Penal y Justicia. En-contrar una norma” en PEDRO R. DAVID (coordinador) “Justicia Reparadora, Mediación Penal y Probation”, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p 16 y ss)

caracterizan más bien por ser “democracias participativas” que buscan un el consenso manteniendo un control participativo y descentralizado, para así superar la crisis de legitimidad lo que en palabras de Habermas, se reconoce como “derecho reflexivo”⁶⁰

b) La “victimología”, que denunciando el olvido en el que el sistema de justicia ha tenido a la víctima, replantea su intervención de modo activo, pues el delito además de ser una trasgresión de la ley cuya sanción le interesa a la sociedad, es la ofensa de una persona a otra persona, la intervención penal actual no ve el delito como un conflicto por ello responde con la pena, la cual no satisface ni a la comunidad ni a la víctima, la cual debe ser satisfecha en todas las necesidades verdad, no impunidad, conocimiento, cambio y reparación incluyendo la garantía de no repetición ⁶¹.

c) Los resultados alcanzados por las llamadas ideologías en RE o de Tratamiento: La corriente que denunció los efectos estigmatizantes y criminalizadores del Sistema Penal, el cual en vez de “rehabilitar” favorece la reincidencia, por la deficiente implementación de los sistemas de reinserción social⁶².

3. Concepto de Justicia Restaurativa

Las diversas experiencias y enfoques hacen difícil asumir un concepto de la Justicia Restaurativa, la que a mí me gusta más por su sencillez e integralidad es la de Marian Liebman “La Justicia Restaurativa aspira restaurar el bienestar de las víctimas, agresores y la comunidad dañadas por

⁶⁰ HABERMAS Jürgen, sostiene que el consenso puede ser alcanzado sin fuerza ni manipulación, pues sólo así el resultado de las deliberaciones tiene validez y legitimidad para la comunidad, filosofía que guarda concordancia con la Justicia Restaurativa. Sobre el particular ver KELMEMAJER, Aída Op cit p 181.

⁶¹ La victimología ha denunciado la expropiación del conflicto que le pertenece a la víctima en manos del Estado. Un estudio completo y actualizado sobre la evaluación del rol de la víctima en el proceso penal, podemos encontrar en SANZ HERMIDA, Agata, “Víctimas de delitos: Derechos, Protección y Asistencia” Iustel, Primera Edición, Madrid, 2009. Asimismo, es de reconocer que nuestra legislación incorpora ya una regulación distinta de los derechos de la víctima en el Nuevo Código Procesal Penal (Artículos 247 y ss)

⁶² Existen numerosos trabajos que critican el encierro, destacamos el efectuado por GRANDJEAN, Annie y CAPPELAERE, Geert “Niños Privados de Libertad, Derechos y Realidades” UNICEF, Comité Español, Madrid, 2000, en este texto luego de analizar las consecuencias del encierro en los niños se plantean sus alternativas.

el crimen, y así prevenir mayores ofensas”⁶³ Esta misma autora nos presenta una definición más descriptiva propuesta por el Consorcio de

Justicia Restaurativa el año 2006 “La Justicia restaurativa trabaja para resolver conflictos y reparar daños, fomentando que quien ha causado los daños reconozca el impacto de lo que hizo y le da la oportunidad de repararlo, teniendo también que ha sufrido un daño la oportunidad de que el daño que le causaron sea reconocido y reparado”⁶⁴

La Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, sobre Principios Básicos sobre utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal define a la Justicia Restaurativa como:

*“**Todo proceso** en que la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos, se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas*

*Por **resultado restaurativo**, se entiende un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.*

*Por **partes**, se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participan en un proceso restaurativo.*

*Por **facilitador**, se entiende una persona cuya función es promover de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo”⁶⁵*

⁶³ LIEBMAN, Marian “Restorative Justice” How it Works Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, p 25.

⁶⁴ Ibidem

⁶⁵ El texto completo de los principios se encuentran en la Página Web de la ONU- Consejo Económico Social, periodo de sesiones del 1° al 26 de julio del 2002.

El dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea, aprobado el 15 de marzo del 2006, sobre la Justicia Restaurativa señala:

“Frente al concepto de Justicia Retributiva (pagar por el daño causado) ha emergido una concepción restaurativa o reparadora de la justicia (restorative justice) nacida con el movimiento político criminal a favor de la víctima –victimología- y la recuperación del papel de ésta en el proceso penal. La justicia restaurativa es el paradigma de una justicia que comprende a la víctima, al imputado y a la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo, con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectiva. La Justicia restaurativa, intenta proteger tanto el interés de la víctima (el ofensor debe reconocer el daño ocasionado a ésta y debe intentar repararlo) cuando el de la comunidad (dirigido a lograr la rehabilitación del ofensor, a prevenir la reincidencia y a reducir los costos de la justicia penal) y el del imputado (no entrará en el circuito penal, pero le serán respetadas las garantías constitucionales)”⁶⁶

De las definiciones señaladas podemos establecer que los elementos claves que definen de modo sucesivo a la justicia restaurativa son⁶⁷:

- a) Involucra voluntariamente al que ha cometido el delito, a la víctima y a la comunidad (mira las necesidades de todos, pues todos han sido afectados)
- b) Para participar activamente en la solución del conflicto, restablecer las relaciones quebradas, reparar el daño causado a la víctima y recuperar la paz de la comunidad. (responsabilidad, restauración y reintegración)
- c) Previendo, que una situación similar vuelva a suceder.

⁶⁶ Citado por MANZANARES SAMANIEGO, José Luis “Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal, Editorial Comares, Granada, 2007, p 24

⁶⁷ WRIGHT, Martín señala que la Justicia Restaurativa es un proceso por el que todas las partes afectadas por una infracción específica se reúnen para resolver colectivamente cómo reaccionar ante la infracción y sus implicaciones para el futuro. Sus elementos esenciales son: I) participación comunitaria o pública, II) Participación de las partes; III) Colaboración entre las agencias, y IV) Orientación hacia la resolución del problema.

4. Tres actores, tres dimensiones: Responsabilidad, Restauración y Reintegración

Hemos podido constatar, que hay **tres actores** claves en la justicia penal juvenil (el que cometió el delito, la víctima y la comunidad) cuyo rol cambia totalmente entre los modelos de justicia tradicional (rehabilitador-retributivo) y la justicia restaurativa.

El resultado: una filosofía “holística” que integra tres dimensiones, que la doctrina resume en las tres “R”: Responsabilidad del autor, Restauración de la víctima y Reintegración del infractor en la comunidad⁶⁸.

Sistema de Justicia Tradicional (tutelar-retributivo)	Tres actores	Justicia Restaurativa Tres Dimensiones
El adolescente luego de su encuentro con la justicia no sale más responsable	Ofensor	Responsabilidad , asumida libremente por el autor.
No repara a la víctima	Víctima	Restauración de la víctima que debe ser reparada.
No reinserta al adolescente en su comunidad, la cual no se implica.	Comunidad	Reintegración de los lazos y vínculos con una comunidad que se implica.

5. Breves definiciones de algunos procesos Restaurativos

Mediación Cuando un tercero imparcial ayuda a la víctima y al ofensor a llegar a un acuerdo. En la mediación son las partes quienes logran el acuerdo el mediador facilita que logren satisfechos sus intereses.

La mediación se puede efectuar de modo directo (reunión del ofensor y la víctima) o de modo indirecto, por medio de una tercera persona. Con la mediación se logra la comprensión de ambas partes y también reparaciones materiales.

⁶⁸ Cfr KELMEMAJER DE CARLUCCI, Ahida “Justicia Restaurativa” Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005, p 109-119. Esta autora utiliza el término “holístico” como sinónimo de integral, asimismo, citando a IGLESIA VILA, Marissa, en “El Problema de la Discreción Judicial”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p 184, explica que el holismo epistémico es una tesis que niega la posibilidad de confrontar en forma aislada cada una de nuestras creencias con la experiencia, señala además que para el **holismo**, cuando emitimos un juicio sobre un fenómeno ponemos en relación con la experiencia no cada una de nuestras creencias; sino la totalidad de nuestro esquema de convicciones.

Reparación Cuando el autor del delito ejecuta un acto con el cual repara directamente a la víctima (una modalidad es el servicio personal) o indirectamente a la comunidad, por medio de la prestación de servicios.

Conferencias Restaurativas (reuniones)

Es una reunión de víctimas, autores de delitos y personas de la comunidad para propiciar el diálogo y tal vez algún tipo de acuerdo. Interviene el autor y su grupo, así como la víctima con su propio grupo.

Conferencias de grupos familiares

La familia del autor participa estableciendo un compromiso de asumir un plan viable de reparación, pueden participar también la familia de las víctimas.

Encuentros de autores de delitos y víctimas

Grupos donde los autores se encuentran por un número determinado de sesiones con víctimas que han sufrido las consecuencias de delitos similares a los que han cometido. Así mediante el trabajo en grupos pequeños se les muestran los efectos negativos que el delito les ha causado en sus vidas.

Trabajo para la concientización y encuentro posterior

Es un trabajo sólo con agresores con la finalidad de hacerles tomar conciencia de los efectos de sus actos, sirve además para propiciar posteriormente un encuentro con la víctima.

Una variante de este trabajo se efectúa en las cárceles donde un grupo trabajando con los internos sobre las naturalezas del delito y sus consecuencias, los compromete a una serie de acciones reparativas que ellos van cumpliendo en un cierto plazo.

Círculos restaurativos

Son una experiencia diversa que puede ir desde la autoayuda de víctimas que comparten un delito en común, hasta mecanismos de justicia comunitaria que busca sanar las heridas dejadas por el delito, e incluso hasta los llamados círculos de sentencias donde el sistema penal sentencia oyendo a la comunidad.

Disculpa formal

Es una comunicación verbal o escrita en la que el autor declara ser responsable describiendo su propio delito.

Trabajo de Aplicación

¿Qué prácticas restaurativas son posibles en nuestra legislación?

Tema 2 ¿Cómo evolucionaron las ideas restaurativas en la historia?

Zaqueo se levantó entonces y le dijo al señor ... “Mira, Señor, voy a dar a los pobres la mitad de todo lo que tengo; y si le he robado algo a alguien, le devolveré cuatro veces más. Jesús le dijo: Hoy ha llegado la salvación a esta casa...”
Lucas 19, 8-9

1. ¿Desde cuando existe la Justicia Restaurativa?

En este relato bíblico encontramos con claridad las tres dimensiones de la Justicia Restaurativa (responsabilidad, restauración y reintegración) pues Zaqueo que era cobrador de impuestos y mal visto por su comunidad, asumió voluntariamente su responsabilidad, se comprometió a reparar el perjuicio que ocasionó y como consecuencia de ello “la salvación entró a su casa”, es decir se reconcilió con Dios y con los hombres de su comunidad.

Encontrar elemento de lo que hoy conocemos como Justicia restaurativa en la Biblia, es una muestra de que la filosofía que la fundamenta no son realmente algo nuevo ni novedoso, y que existe por tanto una tradición restaurativa que es consustancial a casi todas las religiones y que podemos encontrar prácticas restaurativas en muchas costumbres ancestrales⁶⁹. Con lo que –contrariamente a la idea que podemos tener- es en realidad la justicia tradicional que expropia el conflicto y resuelve de modo autoritario, la que tiene una historia mas corta y es más bien reciente.

Así por ejemplo, en el Reino Unido, se afirma que fue el Rey William quien definió el crimen como una ruptura de la paz del Rey, para propiciar la intervención de su Corte y por lo tanto de su bolsillo. Fueron razones por tanto más políticas y económicas las que motivaron que el conflicto entre dos particulares se redefiniera como un conflicto entre los particulares y el

⁶⁹ Beaudin Juez de Québec señala que la idea de la Justicia Restaurativa se ha tomado de los pueblos nómades autóctonos donde frente a la ofensa de un miembro del clan, la decisión de expulsarlo del grupo no era conveniente porque iba a significar una disminución en la obtención de provisiones, por lo que optaron por hacer que repare el daño que había causado para que de este modo se restablezca la paz en el grupo. El Código Hamurabi preveía por ejemplo la restitución de lo robado, y la Ley de las Doce Tablas establecía que el ladrón debía pagar el doble del valor hurtado, tres veces el valor si el bien había sido encontrado en su casa y cuatro si había obstaculizado la persecución, de modo que la restitución tampoco es algo realmente nuevo como respuesta penal. Ver KELMENAJER, Aída Op Cit p 117-118.

Estado⁷⁰. Las razones de esta intervención estatal fue fundamentalmente que el crimen dañaba no sólo a la persona sino a los familiares de la víctima y a la comunidad en general. Así se llegó a la actual expropiación del conflicto tan lúcidamente retrata Víctor Hugo en su novela inmortal “Los Miserables”. Veamos como cuando el alcalde Magdalena, recibe un escupitajo de una muchacha y aún así decide liberarla, se desata una discusión con el Inspector que no quiere permitir que esto suceda entendiendo que el conflicto ya no le pertenece⁷¹.

“Fantina, al oír la voz de Javert tembló y soltó el picaporte, como suelta un ladrón sorprendido el objeto robado. A la voz de Magdalena se volvió, y sin pronunciar una palabra, sin respirar siquiera, su mirada pasó de Magdalena a Javert, de Javert a Magdalena, según hablaba uno a otro.

- Señor alcalde, eso no es posible -dijo Javert con la vista baja pero la voz firme.

- ¡Cómo! -dijo Magdalena.

- Esta maldita ha insultado a un ciudadano.

- Inspector Javert -contestó el señor Magdalena, con voz conciliadora y tranquila-, escuchad. Sois un hombre razonable y os explicaré lo que hago. Pasaba yo por la plaza cuando traíais a esta mujer; había algunos grupos; me he informado y lo sé todo: el ciudadano es el que ha faltado y el que debía haber sido arrestado.

Javert respondió:

- Esta miserable acaba de insultaros.

- Eso es problema mío -dijo Magdalena-. Mi injuria es mía, y puedo hacer de ella lo que quiera.

- Perdonad, señor alcalde, pero la injuria no se ha hecho a vos sino a la justicia.

- Inspector Javert -contestó el señor Magdalena-, la primera justicia es la conciencia. He oído a esta mujer y sé lo que hago”.

⁷⁰

LIEBMAN Marian, Op Cit p 37.

⁷¹

http://es.wikisource.org/wiki/Los_Miserables:_I.5.9

Frente a esta situación, la Justicia Restaurativa, ha vuelto a mirar atrás y ha rescatado las costumbres que estaban por ser olvidadas o habían caído en desuso, por los pueblos originarios de América del Norte, Nueva Zelanda y por las culturas aborígenes de Yukón, Nueva Guinea y Hawai.⁷²

2. Ser hoy restaurativo, es recuperar nuestra forma ancestral de ver y actuar en el mundo

Beaudin Juez de Québec señala que la idea de la Justicia Restaurativa se ha tomado de los pueblos nómades autóctonos donde frente a la ofensa de un miembro del clan, la decisión de expulsarlo del grupo no era conveniente porque iba a significar una disminución en la obtención de provisiones, por lo que optaron por hacer que repare el daño que había causado para que de este modo se restablezca la paz en el grupo⁷³. Podemos sostener por ello que existen prácticas restaurativas en distintas culturas

Los estudios dan cuenta que la revaloración de las tradiciones culturales y el reencuentro con la justicia comunitaria, han nutrido muchas de las prácticas restaurativas que en la actualidad se reconocen como las más exitosas y consolidadas. Así, la utilización de las tradiciones ancestrales en la solución de los conflictos ha favorecido que las comunidades se mantengan implicadas y comprometidas, esta actitud de respeto y consideración por las costumbres y usos de la comunidad, ha permitido también que la comunidad acepte sin reparos algunas adaptaciones necesarias que la justicia moderna ha tenido que efectuar en el modo de impartir justicia de las comunidades tribales.

El Grupo de Investigaciones de la Universidad Pontificia Bolivariana elaboraron un interesante documento en el que resumen la cosmovisión que encierra la Justicia Restaurativa. A continuación un extracto:

⁷² MENA PACHECO: Justicia **restaurativa** y sistema de sanciones alternativas, Revista de Ciencias Jurídicas N° 116 (13-36) mayo-agosto 2008 en www.latindex.ucr.ac.cr

⁷³ KELMEMAJER, Aida “Justicia Restaurativa” Op Cit p 118.

“(…)…conforme lo señaló Rupert Ross en su libro, “Returning to the Teaching: Exploring Aboriginal Justice”, las enseñanzas y tradiciones tribales sintetizan la aplicación de la Justicia **Restaurativa**, en el entendimiento de la forma de vida de las personas y de cómo la conducen, las cuales sirven como métodos prácticos que promueven la armonía en la comunidad: No hay razón para la generación de conflictos cuando la gente vive feliz y se siente bien con su comunidad. Este sentimiento de confort es enseñado a los niños desde pequeños mediante la tradición oral.

Por este motivo la dimensión de la Justicia **Restaurativa** es cultural y abarcadora: no se centra en delitos solamente. Por eso la noción de Justicia **Restaurativa** en estas comunidades demuestra que todas las cosas en el universo parten de la interconexión de las relaciones humanas, incluyendo lo físico y lo espiritual. Ejecutándolas, se construyen relaciones sanas, base del desarrollo armónico de la sociedad. Cuando una persona realiza un hecho que está considerado “inadecuado” por la comunidad, la relación se rompe y por ende, necesita ser saneada, no sólo por el infractor, sino por la sociedad, y las víctimas. Ellas establecen conjuntamente un plan de resarcimiento material y espiritual, que no sólo incluye a la víctima y al ofendido, sino al círculo de sus familiares y el grupo social

De acuerdo con las enseñanzas tradicionales, las personas tienen diferentes percepciones de la verdad y el liderazgo no radica en el poder jerárquico (por eso el concepto de sentencias circulares) que se impone sobre los otros, sino en la habilidad de expresar los sentimientos de las personas y la confianza de la moral como acuerdo cultural. De esta manera, ningún individuo cuenta con la capacidad moral de decir lo que los otros deben hacer. Las familias y las comunidades son quienes toman las decisiones y la responsabilidad direccional de los hechos que están mal, y que han sido afectados por la conducta. Adicionalmente, no puede haber un concepto de justicia uniforme, ya que todo está constantemente cambiando y corresponde a ciclos y patrones culturales.”⁷⁴

⁷⁴ Grupo de Investigaciones de la Univesidad Pontifica Bolivariana Justicia Restaurativa Antecedentes, significado y diferencias con la Justicia Penal, elaborado por Katherina Bach. Colombia, se encuentra disponible en http://www.justiciarestaurativa.com/Revista_Historia.htm

3. Adaptación de las prácticas restaurativas tribales

A continuación, veremos dos ejemplos del modo como las enseñanzas y prácticas restaurativas tradicionales se han integrado con la administración de justicia, logrando una síntesis que ha demostrado ser exitosa y que hoy en día conocemos como Justicia Restaurativa:

3.1. Canadá⁷⁵

Canadá La aproximación de la Justicia Restaurativa proviene del Norte, Alberta, Ontario, y Yukón. en estas comunidades existen identificados unos procedimientos para la aplicación de las llamadas sentencias circulares (no jerárquicas) llamado “The Kwanlin Dun Community Justice Project” con los siguientes pasos.

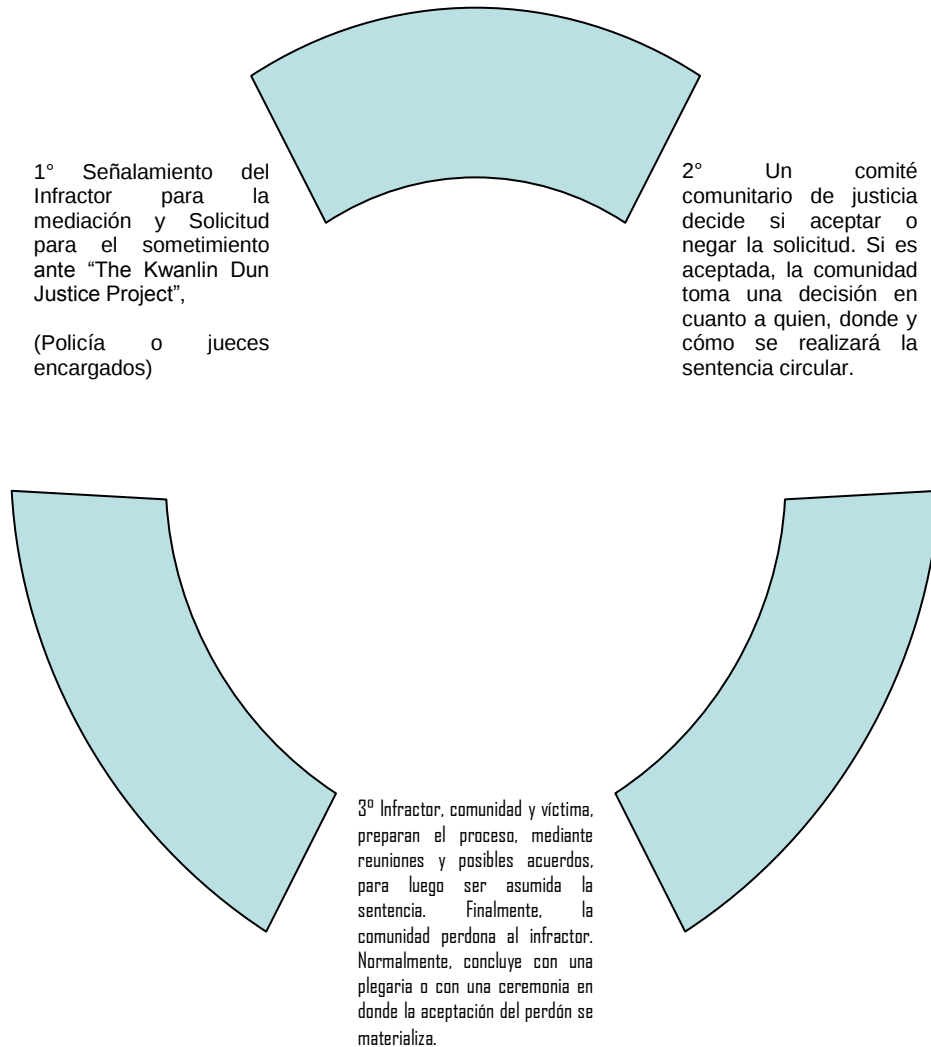
1° Señalamiento del infractor

2° Aceptación por parte del Programa “The Kwanlin Dun Community Justice Project”.

3° Establecimiento de la sentencia como acuerdo y la reconciliación con la comunidad.

El hecho de que la comunidad participe en la elaboración de la sentencia y que esta sea voluntariamente aceptada por el infractor, es un elemento que consideramos que legitima la adopción de éstas decisiones y también garantiza su cumplimiento pues todos los involucrados son responsables de algún modo lo resuelto y decidido se efectivice, lo que implica el paso del “simbolismo” a la “realidad”.

⁷⁵ Se sostiene que Canadá fue uno de los primeros países en involucrar a la comunidad en procedimientos basados en justicia restaurativa, citándose como ejemplo el caso en que se ordenó que un niño Heiltsiuk de 14 años, fuera enviado por recomendación de su tío y otros líderes tribales, a trabajos supervisados por ocho meses en una isla remota a cambio de una prisión. Grupo de Investigaciones „, Op Cít.



Este programa, "Kwanlin Dun Justice Project" ha abordado todos los delitos excepto homicidio y algunos delitos sexuales, a diferencia de otras comunidades, como en Nueva Zelanda que han tenido en cuenta aquellos relacionados con menores y algunos casos de violencia intrafamiliar.

3.2. Nueva Zelanda

El modelo de Justicia Restaurativa de Nueva Zelanda (Family Group Conferencing), es un modelo único, ya que ha sido introducido a la legislación nacional como parte del procedimiento penal. Así, mediante La ley sobre Niños, Adolescentes y sus Familias (1989) se busca, por medio de

reuniones familiares, una alternativa de aplicación de justicia. Al proceso están convocados todos, el que cometió el delito, las víctimas y las familias de ambos, así como la policía, directores de centros educativos y trabajadores sociales. Un coordinador especializado dirige las discusiones. El debate no sólo se centra en la víctima y el infractor, sino en la comunidad. Las reuniones mezclan aspectos formales y tradiciones: La policía describe el delito o la ofensa y sus antecedentes, en algunos casos seguidos de una plegaria. Las víctimas y los demás afectados expresan sus emociones y experiencias. Los delincuentes responden al proceso, aceptando normalmente la comisión del crimen y expresando su arrepentimiento. Cuando esto se produce se instaure un plan de acción y de reparación conjunta, lo cual involucra el acuerdo sobre el resarcimiento. Si las partes están conformes, se imparte la sentencia y el infractor es supervisado por un trabajador social de adolescentes. Finalmente los cargos contra él son retirados o reconsiderados, dependiendo del progreso y del cumplimiento del acuerdo.⁷⁶

Los principios están basados en las tradiciones de la comunidad Maori, pero estas tradiciones al ser incorporadas a la ley no sólo se aplican en la actualidad infractores indígenas juveniles, sino también a todo el país, lo que sin duda es un ejemplo a seguir de respeto e integración de las tradiciones culturales y que rompe la aparente dicotomía existente entre justicia formal y justicia comunitaria. A continuación recogemos un texto en el que se describe como funciona⁷⁷:

”En idioma maori, “whanau” significa “familia”, y “awhina” significa “cuidar”. La unión de ambos conceptos surgió en Nueva Zelanda en 1970 gracias a una iniciativa de trabajadores sociales maoríes cuya meta era ayudar a resolver conflictos de naturaleza penal en los que el ofensor era un joven maorí y el ofendido otra persona maorí, si bien no necesariamente “joven” a efectos legales o penales. El proceso extrajudicial seguido para resolver la disputa es centenario, pero su aplicación como programa adscrito a los tribunales penales de Nueva Zelanda es relativamente reciente.

⁷⁶

Ibidem

⁷⁷

Lo extractos de este texto corresponden a la descripción de la forma en la que la tradición de la Cultura Maori se ha adaptado a la Justicia Penal, el texto completo se puede apreciar en <http://aryme.com/actualidad-adr/503/justicia-restaurativa-maori-te-whanau-awhina>

En primer lugar hay discrepancias respecto al significado verdadero del concepto “whanau”, aunque técnicamente su traducción sea “familia”. En su tesis doctoral de 2005 (universidad de Auckland), titulada “Whanau identity and whanau development are interdependent”, el Profesor Kim Himoana Penetito sugiere que el concepto de “whanau” no se circunscribe a la familia, entendida como un grupo reducido de individuos unidos por un vínculo de consanguinidad. Al contrario, el autor sostiene que “whanau” es una “gran familia”, y que esta gran familia es el pueblo maorí, de tal suerte que el agrupamiento colectivo bajo el término “whanau” proporciona y contribuye a perpetuar la identidad cultural del pueblo maorí en su conjunto, así como su progreso y bienestar en la sociedad pluricultural neozelandesa.

“Awhuina” significa cuidar, velar, proteger. No hay controversia respecto al término “awhina” que hayamos detectado, excepto una mención de un grupo canadiense denominado “[Kabalarian Philosophy](#)”, que considera que los padres maoríes que ponen este nombre a sus hijos abocan a éstos a una “falta de confianza en sí mismos, mermando su capacidad para hacer realidad sus sueños y ambiciones”. Tras visitar su web, damos a este grupo escasa credibilidad pero ahí queda su tesis: debilidad en un nombre propio, relativamente común en la sociedad maorí, que se soluciona comprando su “paquete para el cambio del nombre”.

El grupo de trabajadores sociales maoríes que originalmente propuso este concepto a los tribunales de este país, lo comenzó en una escuela de enseñanza secundaria en un suburbio de la ciudad de Auckland. Estos profesionales planteaban a jóvenes ofensores y personas ofendidas dos opciones (a ambas, esto hay que subrayarlo): acudir y denunciar a la policía, para luego derivar a un procedimiento judicial penal; o someterse a la audiencia de este grupo de trabajadores sociales en régimen de “Te Whanau Awhina”, que explicaremos tras terminar de explicar el origen de esta iniciativa.

Este fenómeno fue completamente espontáneo en su origen; es decir, el grupo original de trabajadores sociales que mencionamos no pidió permiso a nadie para realizar esta labor concreta de mediación nativa. Por su vinculación a la escuela en la que trabajaban, conocían los problemas de los chicos, y en muchas ocasiones los problemas de sus familias, intentando que ambas partes –ofensor y ofendido– optasen por esta vía en vez de acudir a la policía. En algunos casos, el sujeto ofendido denunciaba el agravio a la policía. Esta es la forma en la que policía y tribunales se enteraron del trabajo realizado por estos trabajadores sociales.

Pronto, muy pronto, según explicó el Doctor Pita R. Sharpel, co-Presidente del [Partido Maorí](#), en su intervención de 18 de octubre de este año, inaugural de la [Conferencia Internacional de Prácticas Restaurativas](#), un juez, Michael Brown, se interesó por el proyecto y comenzó a derivar algunos asuntos de su sala a los trabajadores sociales de “Te Whanau Awhina”.

Desde aquellos principios en 1970, esta iniciativa recibió en la década de los 90 el apoyo estructural y financiero de los Tribunales, de la Unidad de Prevención Criminal, del Primer Ministro, de la Policía y del Departamento de Prisiones. Hoy día, el programa está adscrito a la [Unidad de Prevención Criminal del Gobierno](#). El lector podrá consultar en este portal la política sobre [Justicia Restaurativa](#) vigente hoy en Nueva Zelanda y que ya no se circunscribe al pueblo maorí, sino al conjunto de la sociedad de este país. Casi cuarenta años han pasado desde los principios de “Te Whanau Awhina” para trascender de un programa a nivel de una escuela secundaria a ser política oficial de este país. Pueden parecer muchos años, pero no han sido ni más, ni menos, que los necesarios para que Nueva Zelanda –todo un país—se haya sentido íntimamente convencido por el trabajo de aquellos trabajadores sociales cuyos nombres y apellidos no hemos encontrado.

En cuanto a procedimiento, “Te Whanau Awhina” no es particularmente complejo. La complejidad reside en manejar el concepto, ya que en el proceso intervienen no sólo el ofensor y el ofendido, sino todos los miembros de sus familias que deseen participar. Además, no participa como persona neutral una única persona, sino un grupo de personas de la comunidad en la que residen tanto el ofensor como el ofendido. El proceso se maneja estructurándolo férreamente. “Te Whanau Awhina” no es mediación ni conciliación. Siuviésemos que encasillarlo, sería arbitraje porque el panel decide lo que ha de hacer el ofensor y el ofendido con una diferencia muy sustancial: la implicación posterior de las familias y del panel en la decisión que tome el panel. Es decir, su implicación en el día a día que cure al agraviado de sus agravios por un lado, y que permita también al ofensor curar su ofensa y evitar la reincidencia.

El proceso se inicia con una “llamada a reunión” que hoy tiene un nombre jurídico concreto y hasta siglas, “Family Group Conference” (FGC). En maorí, esta llamada a reunión, se llama “Whakahuihui Tangata”. Esta llamada constituye en sí misma un reconocimiento por parte del ofendido y del ofensor sobre la necesidad de implicación de su entorno familiar. Adicionalmente, la llamada de los implicados hacia sus familias se considera un respeto de aquéllos hacia sus respectivas familias. Añadimos que hoy día

este proceso no tiene la espontaneidad de los años 70; está muy regulado y estructurado en la Ley nº 24, de 1 de noviembre de 1989, de Menores, Jóvenes y Sus Familias (...)

En esta reunión se presta particular deferencia a lo que tengan que comentar los miembros de mayor edad de las familias de cada sujeto directamente implicado. Asimismo, se permite a cada miembro de la familia decir lo que tenga que decir sin interrupciones. De esta forma, todos los implicados sienten que son parte del proceso porque se les escucha sin excepción. Según comenta el Doctor Pita R. Sharpel, “estas exposiciones orales de los miembros de cada familia que asisten a la reunión genera un clima de igualdad entre las familias y de co-responsabilidad en las soluciones que determine el panel”.

En esta reunión se presta particular deferencia a lo que tengan que comentar los miembros de mayor edad de las familias de cada sujeto directamente implicado. Asimismo, se permite a cada miembro de la familia decir lo que tenga que decir sin interrupciones. De esta forma, todos los implicados sienten que son parte del proceso porque se les escucha sin excepción. Según comenta el Doctor Pita R. Sharpel, “estas exposiciones orales de los miembros de cada familia que asisten a la reunión genera un clima de igualdad entre las familias y de co-responsabilidad en las soluciones que determine el panel”.

En esta reunión, estos grupos de dos familias dejan de ser de “dos familias” para ser una, “tangata whenua”, un único grupo familiar. Este concepto explica sin duda parte de las conclusiones del Profesor Kim Himoana Penetito cuando en su tesis explica el concepto amplio de familia en la sociedad maorí. No importa que haya opiniones enfrentadas en este nuevo y único grupo; importa que los implicados y quienes crean tener parte de responsabilidad en los hechos y /o en su desenlace estén presentes y puedan ser escuchados.

El rezo –denominado “karakia”-- es indispensable en el proceso. El rezo constituye el acto de reconocer la fuerza espiritual de cada individuo presente, “mauri”, y que varía en intensidad como consecuencia del desequilibrio entre las personas presentes, consecuencia a su vez de la disfuncionalidad interpersonal generada por el agravio. “Karakia” es, por lo tanto, el primer paso hacia la armonía individual y de grupo.

La audiencia, “whaikoreoro Patapatai”, es el proceso de discursos y preguntas que formula el panel de personas que escuchan la controversia y

que se basa en el concepto de “manaakitanga”, que significa respeto y cuidado. Las preguntas que se presentan, se formulan reconociendo la vulnerabilidad y dolor de la víctima, así como el sentido de culpabilidad y vergüenza del ofensor. El proceso es también muy cuidadoso respecto a los sentimientos de los familiares presentes. El lector se preguntará: ¿ya se ha asignado culpabilidad? Sí, ya está asignada en cierto modo. El presunto ofensor está en los tribunales y se le está ofreciendo esta alternativa nativa que no es obligatoria. Así las cosas, la meta del proceso de audiencia no es generar polémica, sino generar un clima de honestidad necesario para generar un clima de arrepentimiento y perdón sinceros.

Tras el proceso de audiencia llega la determinación del panel, “whakataunga”. Sin embargo, y antes de llegar a una decisión, el ofensor ha de reconocerse ofensor. Si no lo hiciera, el panel le remitiría a los tribunales. Según el Doctor Pita R. Sharpel, esto no sucedido nunca.

La decisión del panel contendrá siempre un programa de rehabilitación del ofensor que se adecúe a la ofensa cometida. Por este motivo es necesario que el ofensor se declare ofensor antes de que el panel prepare el mencionado programa de rehabilitación. Hoy día (no como hace casi cuarenta años), este programa de rehabilitación se eleva a los tribunales para su ratificación, ya que son los propios tribunales los que refieren ciertas causas penales a este procedimiento; es decir, la ofensa ya está en curso judicial penal como hemos comentado.

Aunque algunos miembros de “Te Whanau Awhina” son hoy profesionales de este método extrajudicial y escuchan todas las disputas, otros son voluntarios y a ellos les corresponde el seguimiento en el cumplimiento del programa de rehabilitación. Adicionalmente, se establecen grupos de apoyo a la víctima y al ofensor compuestos por trabajadores sociales y miembros de ambas familias, que ahora actúan como única unidad familiar.

El proceso termina con un almuerzo de grupo en una ceremonia denominada “hakari”. Es un proceso de “enfriamiento”, es decir, un proceso en el que las personas implicadas en la totalidad del “Te Whanau Awhina” pueden liberarse de cualquier posición antagonista o defensiva que hayan adoptado para unirse en armonía en un proceso definitivo de reconciliación.

Hoy día, “Te Whanau Awhina” atiende entre 4 y 6 asuntos por semana”.

4. Cómo estas prácticas adquirieron el nombre de Justicia Restaurativa

Hemos visto que prácticas restaurativas han existido en muchas partes del mundo, pero la doctrina señala a Kitchener, Ontario, Canadá como el lugar donde se inició en 1974 el primer programa de Justicia Restaurativa, llamado “Programa de reconciliación entre víctimas y Ofensores”, el cual fue impulsado por Mark Yantzi, miembro de un grupo religioso, luego del éxito que tuvo la intervención restaurativa frente a dos jóvenes a quienes en vez de ser castigados se les ordenó buscar a los 22 propietarios de los automóviles que dañaron, negociar con ellos la reparación y cumplir su compromiso, efectuando un informe al juez de su experiencia⁷⁸.

La calificación o denominación de prácticas como ésta con el título de Justicia Restaurativa se produjo en el Congreso de Criminología de Budapest de 1993, y aunque hay quienes incluso hoy en día discuten el término y señalan que no es el más conveniente, y que es mejor por ejemplo “reparadora” o “restitutiva”⁷⁹, lo cierto es que el término Justicia Restaurativa se ha impuesto, creo que de un lado por el uso común que se le ha dado y de otro por su gran alcance conceptual, lo que ha permitido que se integren al sistema de justicia actual, tanto mediante la adaptación de ideas religiosas, mediante el rescate de tradiciones ancestrales o simplemente por ideales más bien “crematísticos” como por ejemplo la necesidad de bajar los costos de implementación estatal, dado que se utilizan recursos comunitarios que no pesan sobre el presupuesto del estado, como por ejemplo el caso de los Estados Unidos⁸⁰.

⁷⁸ Cfr BAÑOL BETANCUR, Alejandro “Justicia Restaurativa, una dinámica social” Librería Jurídica Sánchez, Primera Edición, Medellín, 2006 p 14. Asimismo, KELMEMAJER DE CARLUCCI, Justicia Restaurativa...cit., p 117-119 y VASQUEZ BERMEJO, Oscar “¿Qué es la Justicia Juvenil Restaurativa”, en Justicia para Crecer, Diciembre 2005, p 16-17.

⁷⁹ Por ejemplo DAVID, Pedro ha compilado junto con otros autores argentinos un texto muy interesante, titulado Justicia Reparadora, Mediación Penal y Probation, publicado por Lexis Nexis, 2005,

⁸⁰ KELMEMAJER DE CARLUCCI, Justicia Restaurativa...cit. p 147.

5. Trabajo de aplicación.

Jorge Basadre señala “La idea de castigo del delito como protección de los intereses colectivos sólo se encuentra latente en los grupos primitivos, se cree entonces que más bien que lo que urge es compensar de un modo u otro”⁸¹.

En el Perú ¿Podemos encontrar alguna práctica comunitaria o religiosa que se asemeje a los ideales de la Justicia Restaurativa? ¿Podría articularse ésta con la Justicia Formal, que sería necesario para lograrlo? Llena el siguiente cuadro:

	¿Puede articular con la Justicia formal?	¿Qué se necesita?
Práctica comunitaria		
Práctica Religiosa		

⁸¹ BASADRE, Jorge “Historia del Derecho Peruano” IV Edición Corregida, Librería Studium, Lima, 1988, p 208-209. Nuestro historiador citando a COBO refiere que por ejemplo era una costumbre antigua que cuando el ganado entraba en una propiedad ajena, el dueño de la propiedad podía tomar dicho ganado hasta cierta cantidad según el daño causado.

Tema 3 ¿Cuáles son los principios de la Justicia Restaurativa?

*“Si un hombre tiene un por qué,
puede afrontar cualquier como”
Víctor Frankl⁸²*

1. ¿Qué fines persigue la Justicia Restaurativa?

Los especialistas han sistematizado ciertos principios-fines que persigue la Justicia Restaurativa:⁸³

1. Apoyo y recuperación de la víctima como prioridad.- El sistema tradicional está centrado en el imputado, la justicia restaurativa se centra en la víctima, en el respeto de sus derechos, se concentra en la satisfacción de sus necesidades y en el valor que ella tiene para la solución del conflicto.
2. Promueve la participación activa de quien ha cometido el ilícito, la víctima y la comunidad, para hacerse cargo de lo que ha pasado.
3. El que ha cometido el ilícito debe asumir en forma directa y completa la responsabilidad de lo que ha hecho. Asumir que lo que hizo estuvo mal, es el primer paso y el más importante en la Justicia Restaurativa (reparación simbólica), el siguiente es el compromiso o acto de reparación frente a la víctima o frente a la comunidad (reparación material directa o indirecta).
4. Propicia el encuentro, diálogo y reconciliación del infractor con la víctima y la reintegración de ambos a la comunidad, evitando que los roles (etiquetas) perduren luego de efectuada la reparación.
5. El compromiso comunitario para disminuir las causas del ilícito, por ejemplo ayudar al autor a superar el problema de drogas y evitar la reincidencia por medio de actividades preventivas realizadas por las distintas organizaciones de la comunidad.

⁸² FRANKL, Víctor, citado en FISCHMAN, David, “El Espejo del Líder”, UPC, Lima, 2000, pp 131.

⁸³ Utilizamos los señalados por Susan Sharpe como (Key Principles) y recogidos tanto por KELMEMAJER DE CARLUCCI, Justicia Restaurativa...cit., p 116, como por VASQUEZ BERMEJO, Oscar “¿Qué es la Justicia Juvenil Restaurativa”, en Justicia para Crecer, Diciembre 2005, p 16-17. Asimismo, utilizamos los señalados por LIEBMAN, María en “Restorative Justice, How it works”, Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, p 26-27

2. Principios básicos establecidos por la ONU para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa (Resolución del Consejo Económico y Social ECOSOC 2002/12)

La Justicia Restaurativa no ha sido una teoría que se ha llevado a la práctica, por el contrario, se basa fundamentalmente en experiencias prácticas que exportadas por el éxito que tuvieron, han tenido que ser contextualizadas y adaptadas a diversas realidades (jurídicas, sociales y culturales). La teoría ha llegado después y ha intentado sistematizar estas experiencias extrayendo sus elementos y características comunes, pero ha tenido una dificultad, que a la vez es una nota característica de la riqueza del movimiento restaurativo: la flexibilidad e innovación.

Por esta razón el Consejo Económico Social de la ONU, en los Principios básicos para la aplicación de los programas de Justicia Restaurativa (Resolución 2002/12) se ha cuidado en no ser excesivamente reglamentario, evitando definiciones demasiado estrechas que impidieran su evolución natural.

Esto no significa que esta resolución no responda a un estudio minucioso, por el contrario, este documento ha sido elaborado como producto de un lento proceso que se inició con la emisión de la Resolución 1999/16 sobre “Elaboración y aplicación de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal”, y que posteriormente se consolidó con la Resolución 2000/14 mediante la cual se abordaron los “Principios básicos sobre utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal”, por lo que habiéndose acumulado experiencias en la implementación de programas y recibido los aportes de distintos estados, instituciones, asociaciones no gubernamentales involucradas, así como el aporte de los debates sostenidos en el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y tratamiento del delincuente se emitió la Resolución 2002/12 alentando a los estados miembros que se basen en estos principios para la elaboración y gestión de programas de justicia restitutiva, se presten mutua asistencia en la implementación, intercambien experiencias e informen sobre éstas prácticas.

La Resolución 2002/12 reconoce que las iniciativas restaurativas se basan a menudo en formas de justicia tradicional y resalta que esta forma de hacer justicia es en realidad una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad e igualdad de las personas y promueve la cohesión social pues la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades favorecen el restablecimiento de la armonía social y previene la delincuencia.

Asimismo, considera que la justicia restaurativa, al mismo tiempo que permite que los afectados compartan sus sentimientos, atiendan sus necesidades (obtengan reparación y recuperen su sentido de seguridad), posibilita que los delincuentes comprendiendo las causas y los efectos de su comportamiento, puedan asumir una genuina responsabilidad de lo que hicieron.

De este modo ha formulado algunos principios que tienen la aspiración de ser útiles y válidos en el contexto de la amplia gama de tradiciones, leyes y prácticas de justicia penal y los cuales no ponen en tela de juicio los derechos ni de la víctima ni del imputado reconocidos en la legislación nacional o supranacional. Hemos resumido el texto de este important documento en 12 principios:

- 1) Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, salvo que la legislación nacional establezca lo contrario.
- 2) La voluntad del ofensor y de la víctima son fundamentales, así como la información detallada de los derechos que les asisten, la naturaleza del proceso, las consecuencias de su decisión de incorporarse a un programa restaurativo. No deben ser coaccionados ni inducidos para formar parte de procesos restaurativos o acepten resultados de procesos restaurativos, ni se les debe inducir a hacerlo por medios desleales. Pueden retirar su consentimiento en cualquier momento y los acuerdos a los que lleguen en forma voluntaria sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas⁸⁴.
- 3) Si bien la víctima y el delincuente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales que ocurrieron como base de su participación en un programa restaurativo, debe respetarse la presunción de inocencia del imputado, esto significa que no debe iniciarse el programa cuando no haya prueba suficiente que lo inculpe. Asimismo, su participación no debe ser tomada como admisión de culpabilidad en el proceso judicial.

⁸⁴ Si una de las partes no está disponible o no quiere participar, el Grupo de Expertos en Justicia Restaurativa reunidos en Ottawa del 29 de octubre al 1° de noviembre del 2001, recomienda, que en éstos casos se puede autorizar encuentros con integrantes de la comunidad, en lugar de víctimas concretas. En todo caso, consideran que son mejores las respuestas restaurativas a las opciones no restaurativas.

- 4) Teniendo en cuenta que el delito en sí mismo, rompe el equilibrio entre las personas, deben tenerse en cuenta las diferencias de posiciones, así como las diferencias culturales. Por ello, las partes deben tener la posibilidad de contar con asesoramiento legal, servicios de traducción o interpretación. En caso de ser menores de edad, deben tener derecho a la asistencia de sus padres o tutores además de la asistencia técnica.
- 5) Debe tomarse en cuenta la seguridad de las partes al promover el ingreso de un caso a un programa restaurativo y al llevarlo a cabo.
- 6) Debe considerarse la posibilidad, cuando proceda, de que los acuerdos tomados en programas restaurativos, sean supervisados judicialmente o sean incorporados a decisiones judiciales. Cuando así suceda, los resultados de los programas restaurativos deben tener la misma categoría de cualquier sentencia judicial debiendo excluir la posibilidad de ser juzgado nuevamente por los mismos hechos. Las obligaciones asumidas deben ser razonables y proporcionadas.
- 7) La justicia restaurativa no es sustitutiva del sistema, es complementaria del mismo. Cuando los programas restaurativos no sean un recurso apropiado o posible el caso debe ser remitido a la justicia ordinaria para su decisión, por ejemplo cuando no se llegue a un acuerdo.⁸⁵ En éstos casos, debe tomarse una decisión sin demora y alentarse la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad. Sin embargo, en ulteriores procedimientos, el hecho de no haberse llegado a un acuerdo, no podrá ser invocado como un fundamento para no intentar un proceso restaurativo.
- 8) Los Estados deben considerar la posibilidad de establecer directrices y normas con base legal cuando sea necesario para que se implementen los programas de justicia restaurativa, los cuales deben ajustarse a los principios básicos enunciados y deben versar sobre lo siguiente:
 - a) Condiciones o requisitos para el ingreso a los programas.
 - b) Gestión de los casos luego del proceso restaurativo.

⁸⁵

Debe buscarse la aplicación de medidas restaurativas cuando es posible, reservando la justicia ordinaria para los casos en los que la opción restaurativa es inapropiada o impracticable. Puede ser también que la práctica restaurativa se efectúe en forma complementaria y con independencia de la sentencia impuesta, por ejemplo, se puede propiciar una reunión del autor y la víctima, aún encontrándose éste cumpliendo la sentencia de prestación de servicios a la comunidad.

- c) Calificación, capacitación y evaluación de los facilitadores.
 - d) Administración de los programas.
 - e) Normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de programas.
- 9) Las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos que no sean públicos tienen carácter confidencial y no deben ser revelados, salvo que así lo acuerden las partes o lo disponga la legislación nacional.
- 10) Cuando no se cumpla el acuerdo al que se arribó se debe informar al programa, o cuando así lo disponga la legislación al sistema de justicia ordinario debiendo adoptarse sin demora una decisión sobre la forma de proceder. Esta situación no legitima la adopción de sanciones más severas que las que correspondan. Asimismo, el incumplimiento de un acuerdo distinto al contenido en una decisión judicial o sentencia no debe servir de justificación para imponer una condena más severa en ulteriores procedimientos de la justicia penal.
- 11) Los facilitadores deben conocer la comunidad local y su cultura, así como estar capacitados para ejercer su función en forma justa e imparcial.
- 12) Los estados deben formular estrategias y políticas nacionales para desarrollar la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para su utilización por parte de las autoridades policiales, judiciales y sociales. Con esta finalidad es importante:
- a) Efectuar consultas a las autoridades de justicia y a quienes llevan adelante programas restaurativos sobre los procesos y sus resultados para potenciar su eficacia y considerar mecanismos para incorporar nuevas prácticas restaurativas en la justicia penal.
 - b) Promover la investigación de programas de justicia restaurativa y su evaluación para determinar sus resultados positivos para todas las partes involucradas, como complemento o alternativa al proceso penal, y en base a estos estudios efectuar los cambios que sean necesarios y rediseñar las políticas y programas.

3. Trabajo de aplicación

En nuestro país, el año pasado se ha realizado un Congreso Mundial de Justicia Restaurativa, donde se suscribió la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa. Luego de dar lectura a ese documento, señala 3 aportes que tiene en relación a la Resolución 2002/12.

1 Aporte	
2 Aporte	
3 Aporte	

Tema

¿Qué no es la Justicia Restaurativa?

4

“Otro ha entrado a mi pecho con un palo en la mano,
¿Hablar luego de Sócrates al médico?”
César Vallejo⁸⁶

1. Distinciones conceptuales necesarias

El año 2006, cuando Emilio García Mendez visitó el Perú, tuve la oportunidad de preguntarle sobre lo que opinaba en relación a la Justicia Restaurativa, él me dijo que aún no terminaba de comprenderla que habían una serie de experiencias pero que no tenían un sustento teórico mayor y que por lo menos en su país, había servido mas bien para que personas que en la Justicia Penal Juvenil, estaban del lado de la Doctrina de la Situación Irregular, encuentren en ella un discurso por medio del cual puedan ser rescatada las prácticas tutelares y sin el respeto de las garantías que informan un debido proceso.

Reconocemos que mucho de lo que se habla teóricamente sobre la Justicia Restaurativa está aún en construcción, pues en efecto, como hemos señalado anteriormente ésta ha sido gestada desde la práctica y experiencia, habiendo sido al final en esa misma práctica donde junto a los resultados positivos se han generado algunas consecuencias que debemos señalar como no restaurativas, con la finalidad de que no se consoliden como formas válidas de implementarla.

Así por ejemplo, las cuestiones vinculadas a la violencia familiar o ataques sexuales de mujeres, en algunas zonas son relativizados o en su defecto se imponen reparaciones que atentan contra la dignidad e incluso son más un castigo que un acto reparador⁸⁷, lo que hace urgente una propuesta de homologación judicial con la finalidad de preservar los valores constitucionales. Por otro lado, no se trata sólo de implementar los

⁸⁶ VALLEJO, César “Poemas Humanos” poema Meditaciones en Obra poética completa Biblioteca Ayacucho, Argentina, p184.

⁸⁷ En el debate de la Ley de Violencia Familiar llevado a cabo en el congreso durante el año 2010 la representante del Poder Judicial, María Peche, refirió como una práctica comunitaria frente a la violencia doméstica, que el agresor sea condenado a que dibuje la imagen de su esposa en un muro y que con los puños le de golpes hasta hacerse daño.

programas, sino hay verificar que una vez implementados sean adecuados, tanto en la selección de los casos a ser tratados por esta vía, teniendo en esta aspecto los operadores, fiscales y jueces, un rol muy importante pues no deben usar los programas como instrumento de presión frente a los imputados y víctimas. Por ello, creemos necesario efectuar las siguientes distinciones conceptuales.

2. La justicia Restaurativa se lleva bien con la “desjudicialización” e incluso con la “descriminalización”, pero no con la “desjuridización”

Las prácticas restaurativas insertas en la legislación penal de muchos países como por ejemplo la conciliación autor-víctima, la mediación penal, la reparación, etc hacen carne los principios de subsidiariedad, ultima ratio e intervención mínima del derecho penal moderno, pues éstos mecanismos no sólo logran la reparación del daño sino también que muchos de los conflictos que pueden ser resueltos fuera del sistema no ingresen en él⁸⁸.

Sin embargo, el ingreso en programas de justicia restaurativa no puede significar una desaparición del derecho o “desjuridización” donde se dejen de lado los principios que informan las garantías del debido proceso. Por ello no puede presionarse ni a la víctima ni al presunto autor del hecho delictivo, por lo que debe cumplirse con informarles previamente las consecuencias de sus decisiones y los derechos que les asisten los cuales deben ser observados escrupulosamente durante todo el programa restaurativo tales como el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa (asistencia legal), proceso sin dilaciones indebidas, proporcionalidad y razonabilidad en la medidas.

Por otro lado, si bien la justicia restaurativa se lleva bien con las practicas desjudicializadoras, no todas ellas tienen una finalidad restaurativa, todas las legislaciones contemplan mecanismos de desjudicialización (Diversion) pero en la mayoría de los casos éstos mecanismos están orientados más a descongestionar el sistema que a intentar buscar resultados restaurativos, no buscan que la víctima se exprese, no se usan luego que el autor ha reconocido el hecho que ha cometido, ni promueven la reparación de la víctima. ¿De qué depende que estos mecanismos sean realmente restaurativos? Solo de nosotros.

⁸⁸ GIMENEZ SALINAS-COLOMER, Esther citada en SANZ HERMIDA, Agata “Victimas de delitos, Derechos, protección y Asistencias” Instel, Madrid, 2009, p 133

3. Medios alternativos de Resolución de conflictos y Justicia Restaurativa

En algunos lugares del mundo como por ejemplo en Colombia, dentro de las prácticas restaurativas se engloban muchas de los mecanismos de solución de conflictos que hace mucho tiempo venimos conociendo como MARCS (medios alternativos de resolución de conflictos) tales como la mediación y la conciliación. Sin embargo, no podemos identificar como hacen nuestros hermanos colombianos los medios alternativos con la Justicia Restaurativa, pues ésta es mucho más amplia y en ella la mediación o la conciliación son solo algunos de los mecanismos que con el objeto de obtener resultados restaurativos (reparación, restitución y servicios a la comunidad)

Por otro lado, aunque la justicia restaurativa es una filosofía abarca todas las esferas de la vida, en puridad, en los términos señalados por la Resolución 2002/12, la mediación o conciliación familiar, por ejemplo no puede ser entendida como justicia restaurativa, pues ésta última implica la necesidad de que exista de un lado una víctima y de otro un ofensor, situación que no siempre se da en el campo de la conciliación o mediación en otras áreas distintas al ámbito penal⁸⁹.

3. Probation, Principio de oportunidad y justicia restaurativa

También hay autores que distingue a la “probation⁹⁰” y la justicia restaurativa señalándose que la voluntad y el no reconocimiento del rol de la víctima marca la diferencia, la persona que se la aplica probation puede decir que lo condenaron a limpiar las calles, a pagar los daños, etc, del mismo modo en el caso del principio de oportunidad norteamericano, donde los arreglos son entre el imputado y el Ministerio Público, y no con la víctima como en la justicia restaurativa.

Sin embargo, siguiendo el mismo razonamiento que hemos señalado en el punto 1, de este tema, creemos más bien que de la mano de operadores entrenados, pueden ser herramientas que pueden servir adecuadamente utilizadas para los fines de la Justicia Restaurativa

⁸⁹ Sobre el particular regresaremos cuando abordemos las llamadas experiencias restaurativas nacionales así como cuando abordemos las experiencias restaurativas en los centros de enseñanza.

⁹⁰ Periodo de prueba bajo control, implica prescripciones de conducta bajo control, según los norteamericanos, implica que la pena ya se impuso y no se ejecuta (lo que sería semejante a nuestra condena condicional), para los argentinos y chilenos implica la suspensión del proceso a prueba, es decir para que no se imponga la pena.

4. No es Justicia Restaurativa

El Manual de prácticas restaurativas para los Conciliadores de Equidad de Colombia, sistematizando las ideas de Howard Zehr, describe algunos casos que no son Justicia Restaurativa⁹¹.

- α) **La Justicia Restaurativa no es un programa orientado exclusivamente al perdón y la reconciliación.-** Algunos piensan que en la Justicia Restaurativa se obliga a perdonar y a reconciliarse (esto en realidad depende de las partes) no del programa de Justicia Restaurativa.
- β) **La Justicia Restaurativa no es una mediación.-** No es encuentro exclusivo entre víctimas, ofensores y comunidad liderado por un facilitador neutral, es engañoso pensar que se tratará a la víctima igual que al ofensor. Es más honesto señalar que es más bien una estrategia por medio de la cual se tratará de recuperar las relaciones y lograr la reparación. Puede por ello darse con sólo una parte que está en la cárcel y luego con la víctima, por eso se habla más de diálogo o conferencias que de mediación.
- χ) **La Justicia Restaurativa no es un programa ni un proyecto específico que debe imitarse tal cual.-** Las experiencias restaurativas que pretendemos implementar no se vinculan a las anteriormente implementadas, por lo que tenemos que tener cuidado al replicarlas. Juegan un papel importante las necesidades, los recursos y los contextos socioculturales del lugar en el que vamos a asumir una Experiencia Restaurativa. Debemos ser fieles a los principios, pero flexibles en la construcción de abajo hacia arriba.
- δ) **La Justicia restaurativa no es oposición a la Justicia Formal ni sustituye al sistema legal.-** Por el contrario, requiere del respaldo del sistema legal especialmente para garantizar el respeto de los Derechos Humanos.

⁹¹

Manual de prácticas restaurativas para conciliadores de Equidad, Ministerio del Interior y Justicia, Bogotá, Colombia, Noviembre del 2008, material escrito por Germán Vallejo Almeida y Maribel Arguello Castillo, en este texto se hace referencia a que se trata de una sistematización de las ideas de Howard Zehr escritas en una adaptación de su libro “El pequeño libro de la Justicia Restaurativa-Principios de una Justicia Transformadora, Good Books, California, 2007.

- ε) **La Justicia Restaurativa no implica impunidad.-** La Justicia Restaurativa tiene como uno de sus objetivos que el acto no quede impune, por ello busca que el autor se responsabilice y que la víctima reciba una reparación.

5. Valorando si algo es o no es restaurativo

Homard Zehr⁹², reconoce que la división entre lo retributivo o lo restaurativo no es en realidad algo definido, pues se presentan muchas zonas grises. Es por ello que prefiere hablar de niveles en el logro de los ideales restaurativos. Así una experiencia puede ser: a) Totalmente restaurativa, b) Parcialmente restaurativa o c) No restaurativa conforme a las respuestas que se puedan dar de 6 preguntas que considera son claves.

- 1) ¿La experiencia llega a identificar los daños, las necesidades y sus causas?
- 2) ¿La víctima está adecuadamente orientada?
- 3) ¿Se fomenta que los autores asuman su responsabilidad?
- 4) ¿Todos los principales involucrados estén envueltos en la experiencia?
- 5) ¿Hay una oportunidad para dialogar y participar en la construcción de la decisión?
- 6) ¿Es la experiencia respetuosa con todas las partes?

6. Ejercicio de aplicación

En nuestro distrito judicial ¿Existe alguna práctica restaurativa? ¿En qué nivel se encuentra?

⁹²

LIEBMAN, Marian “Restorative Justice” How it Works” Op Cit p 31 y ss



Lecturas obligatorias para la Segunda Unidad

Aída Kelmemajer “En busca de una tercera vía, la llamada Justicia Restaurativa” Rubinzal Culzoni Editores, 2005 p 271 a 324.

Preguntas guía

- 1. ¿En qué consiste la Justicia Restaurativa?**
- 2. ¿Cuáles son los principios de la Justicia Restaurativa?**
- 3. ¿La reparación material es el único tipo de reparación posible?**

Encarnación de Miguel “Alternativas a la Cárcel Probation” EGUZKILORE Numero 7 San Sebastián 1993, p 131 -136.

Preguntas guía

- 1. ¿Cuáles son las características de la probation?**
- 2. ¿De qué depende el éxito de la probation?**
- 3. ¿Es realmente la probation una alternativa a la Cárcel?**

UNIDAD 03



¿POR QUÉ UNA JUSTICIA RESTAURATIVA?

Unidad3**¿POR QUÉ UNA JUSTICIA RESTAURATIVA?****Presentación de la Unidad 03.**

En esta unidad analizaremos el papel de la víctima en la Justicia Restaurativa, como actora y participe en la solución del conflicto penal, lo que ha convertido a la Justicia Restaurativa en una tercera vía que sustituye la pena por la reparación.

De este modo analizaremos las ventajas y desventajas de la Justicia Restaurativa frente a la justicia tradicional tanto en su vertiente rehabilitadora como represiva.

Por último abordaremos los aspectos claves que cuya implementación es necesaria en la Justicia Restaurativa tales como la gestión de los despachos, el trabajo con la comunidad y la capacitación de los operadores. Todo esto con la finalidad que el discente asuma la Justicia Restaurativa como una forma de ejercicio profesional reconociendo las dificultades que se presentan en su implementación y asumiendo el reto de implementarla.

**Preguntas guía para el estudio de la Unidad 3**

1. **¿Cuál es el papel de la víctima en la Justicia Restaurativa?**
2. **¿Es la Justicia Restaurativa una tercera vía?**
3. **¿Cuáles son las Ventajas y desventajas de la Justicia Restaurativa frente a enfoques tradicionales?**
4. **¿Cuáles son los aspectos claves para la implementación de la Justicia Restaurativa?**

Tema

1

¿Cuál es el papel de la Víctima en la Justicia Restaurativa?

*El delito es siempre un conflicto social, en que por tanto
Deben atenderse los problemas a intereses de la víctima y del Estado superando la rutina del mero
castigo”*

Elías Neuman – Mediación y Conciliación Penal)

*“El problema de la organización de la justicia criminal no se resuelve sino definiendo claramente los
derechos de la acusación y de la defensa, sin sacrificar ninguno de los dos, ni subordinar el uno al
otro, antes bien armonizándolos en una síntesis superior”*

Manuel Alonso Martínez⁹³

1.- Punto de partida: Volver la cara sobre la víctima

Hasta sólo algún tiempo, el Derecho Penal daba completamente la espalda a la víctima, la cual era vista únicamente como fuente de información necesaria para la sanción del delincuente. La atención de la víctima, su orientación, protección y reparación concreta eran elementos completamente ajenos al sistema de intervención penal.

Aunque esta situación está cambiando progresivamente en nuestro país, aún hay mucho por hacer. La víctima, generalmente sólo ha sido como dijo Bovino “utilizada” en el proceso penal tradicional, sea como denunciante o como testigo (fuente de información) para permitir alcanzar la sanción del delincuente (pena) ejercicio concreto del poder estatal (ius puniendi) y medio último de control social, para el logro del alineamiento de los comportamientos a los valores predominante de la organización social.

Desde esta perspectiva, el proceso penal se ha convertido en el mecanismo por el cual, el interés social y público (encarnado en el Estado) encuentra las razones que legitimen el empleo de la violencia, contra quien ha quebrantado el orden establecido. En este contexto, la víctima y sus intereses personales ya no tienen cabida, pues sobre éstos prima el interés de la sociedad en su conjunto, ocurriendo el fenómeno llamado “expropiación del conflicto”, donde el conflicto entre el autor y la víctima

⁹³

Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del 14 de septiembre de 1882, citado por SANZ HERMIDA, Agata, Op Cip p 9.

(titular del bien jurídico protegido) pasa a ser un problema entre el autor y el Estado.⁹⁴

Volver la cara sobre la víctima, significa comprender que el delito más que el quebrantamiento de una norma imperativa prohibitiva de orden público, que debe ser sancionado para restablecer el orden o control estatal, implica la afectación o daño de una persona concreta, quien tiene un interés particular que merece ser tomado en cuenta antes, durante y después del proceso penal. Volver la cara a la víctima es dejar de verla como fuente de información para asumirla como sujeto de derechos, con sentimientos, angustias, miedos e intereses propios que merecen ser tutelados por el sistema de justicia. Volver la cara a la víctima, es entenderla como parte del conflicto y a la vez como un actor relevante en la búsqueda de su solución, es decir de la recuperación de la paz social afectada con la comisión del ilícito penal.

Así, desde esta nueva visión de la víctima, el papel que juega es de trascendental importancia al buscar las salidas alternativas al propio sistema penal y dentro del propio sistema, no sólo porque su participación activa es en muchos casos elemento central de la teoría del caso sustentada por el Ministerio Público, al ser además de la víctima, el testigo más importante, por ejemplo, en los delitos sexuales; sino, fundamentalmente porque un rol activo dentro del proceso de la mano de un Ministerio Público que está a de su lado, orientándola, asistiéndola integralmente y protegiéndola reduce ostensiblemente los riesgos de una revictimización a cargo del propio sistema penal y es la única esperanza concreta de alcanzar una efectiva satisfacción de sus intereses legítimos (reparación).

2.- La progresiva inclusión de la víctima en el ordenamiento legal: Del dicho al hecho

A pesar de que se use el término víctima como sinónimo de agraviado, el término víctima implica mucho más, pues comprende tanto al directamente ofendido por el delito (agraviado o sujeto pasivo del delito) como al perjudicado por las consecuencias del mismo, engloba por tanto al sujeto que puede reclamar la reparación o indemnización por los daños y perjuicios ocasionado por el delito (actor civil) como al sujeto pasivo del delito a quien además del resarcimiento de los daños causados le interesa que se

⁹⁴ BOVINO, Alberto. "La participación de víctima en el proceso penal" En problemas de Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, página 96. Citado por QUISPE FARFAN, Fany soledad en "El Imputado y la víctima en el Nuevo Código Procesal Penal: Despersonalización, denominación y momentos de enfrentamiento" En el Nuevo Código Procesal Penal, Estudios Fundamentales, Palestra Editores, Lima 2005, p 293.

establezca y asuma la responsabilidad de lo que ocurrió, a quien por dicha razón muchas legislaciones le reconocen el derecho de litigar junto a la fiscalía como actor adhesivo.⁹⁵

Ahora bien, debemos reconocer que el interés y revalorización de la víctima en el Sistema Penal peruano, es realmente reciente, toda vez que si bien el Código Penal de 1991, hace referencia a la palabra víctima en muchos de los tipos penales, el Código de Procedimientos Penales de 1940, dentro de un modelo inquisitivo reformado o acusatorio formal, no ha reconocido un rol preponderante de la víctima circunscribiéndola a su rol tradicional de parte civil⁹⁶ (Arts. 54 y ss del Código de Procedimientos Penales), limitando de este modo su intervención en el caso de no estar constituido en parte civil únicamente a la preventiva, situación que aunada al carácter repetitivo de las diligencias efectuadas ante la policía durante la instrucción penal, vuelve a esta etapa procesal un perjuicio concreto para la víctima,⁹⁷ evidencia palpable de la expropiación del conflicto, donde la víctima como señaló Chistie “es una perdedora por partida doble, primero frente al delincuente y segundo – a menudo de manera más brutal – al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado”⁹⁸

La conciencia de la re-victimización en muchos casos inevitable ha merecido la preocupación del legislador, que ha orientado sus esfuerzos a introducir modificaciones que aminoren los efectos negativos y estigmatizantes en las víctimas. Así por ejemplo, la Ley 27055 del 24 de enero de 1999, modificó el

⁹⁵ Si bien nuestra legislación no reconoce la posibilidad de actuación del actor adhesivo, reconociendo en el Nuevo Código Procesal Penal al agraviado y al actor civil. (ver al respecto los artículos 94 y ss del NCPP 2004) sería muy útil su inclusión pues posibilitaría un rol mucho más activo de las personas que al ser directamente ofendidas por el delito, quieren participar en los procedimientos de investigación con la finalidad de lograr su desagravio, controlar a la fiscalía, salvaguardar directamente sus derechos y conseguir (como se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo para Iberoamérica) el efecto saludable de evitar la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales”. Un actor adhesivo desde esta perspectiva, incorporaría a criterio del profesor César San Martín, con mayor fuerza y con mayores derechos a la víctima dentro del proceso penal, aunque siempre circunscrita a los límites de la imputación y la acusación fiscal, a fin de no desequilibrar (como señala MAIER) a balanza en perjuicio del imputado. (confrontar al respecto SAN MARTÍN CASTRO, César, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Grijley. Segunda Edición, Lima 2003, p 266 y ROXIN, Claus “Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000 p 533)

⁹⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César Op Cit, p 265.

⁹⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, “El Proceso Penal, Teoría y Práctica” Palestra Editores, Lima, 2000, p 155.

⁹⁸ CHRISTIE, Nilss “Los conflictos como pertenencia” En De los delitos y de las víctimas, Editorial Ad Hoc SRL Buenos Aires, 1992 p 162. Citado en RODRIGUEZ DELGADO, Julio “La Víctima en el Olvido” IUS ET VERITAS, p 181.

artículo 143° del Código de Procedimientos Penales disponiendo que la declaración de los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual, sea llevada a cabo ante el Fiscal de Familia, sin que sea necesaria una nueva declaración a nivel judicial, salvo disposición en contrario y motivada del Juez. Asimismo, prohibió la participación del niño o adolescente en la diligencia de reconstrucción (Segundo párrafo del Artículo 146°), así como la confrontación entre el presunto autor y la víctima menor de 14 años, salvo solicitud de esta última.⁹⁹

No obstante, el modelo de entrevista única, en la práctica ha fracasado, pues a pesar del valor probatorio asignado por la legislación, el niño o adolescente víctima es casi siempre citado a nivel de instrucción o de juicio oral para declarar, nuevamente sobre los mismos hechos referidos a nivel policial en presencia del Fiscal de Familia, por disposición judicial a solicitud de la defensa del imputado e incluso a pedido del propio Ministerio Público al momento de formalizar la denuncia penal.

Por otro lado, la esquizofrenia legislativa, ha causado también dentro del ámbito de los ilícitos relacionados con la libertad sexual, la victimización de quienes en realidad no eran víctimas, al incluir dentro de la persecutoriedad pública y de la sanción penal como delito a las relaciones sexuales consentidas y voluntarias de los adolescentes mayores de 14 años, desconociendo no sólo sus derechos sexuales (libertad sexual); sino también sus derechos reproductivos. (Acceso a los mecanismos de control de la natalidad y prevención de enfermedades de transmisión sexual), en franca contradicción con la legislación civil¹⁰⁰, criminalización que viene distrayendo los recursos materiales y humanos de la atención de quienes verdaderamente son víctimas. Situación que frente a la hasta ahora

⁹⁹ El Código de los Niños y Adolescentes ha asignado al Fiscal de Familia la función de garantizar en esta etapa los derechos del niño o adolescente víctima de abuso sexual, correspondiéndole además de entrevistarlos, informarles sus derechos (debiendo incluso levantar un acta de información de derechos). Asimismo, la función de disponer los principales exámenes de Ley (Reconocimiento Médico Legal, y evaluación psicológica) y derivarlos ante un centro de asistencia integral, física y psicológica (Hospital o Centro de Salud) Asimismo, le corresponde garantizar que se le asigne un defensor de oficio que el estado provee, así como la disposición de alguna medida de protección que de acuerdo al caso pueda ser necesaria para el resguardo de su integridad, utilizando en el caso de que el agresor sea miembro de su entorno familiar, recurriendo para el efecto a las herramientas que provee el Artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Violencia Familiar DS. 006-97-JUS

¹⁰⁰ El Artículo 46° del Código Civil señala que la incapacidad cesa por matrimonio desde los 16 años de edad, y además reconoce el ejercicio progresivo de algunos derechos desde los 14 años, entre los que se encuentra el reconocer a los hijos, reclamar alimentos, gastos de embarazo y parto, así como la capacidad procesal para comparecer directamente en los procesos judiciales de tenencia y régimen de visitas.

indecisión legislativa¹⁰¹, ha tenido que ser reconducida y morigerada por la Corte Suprema, la cual no obstante ha resuelto en máxima instancia esta situación en dos sentidos. De un lado, la Sala Constitucional y Social aprobando el control difuso que inaplicando el Artículo 173-A° del Código Penal ante la Consulta elevada por la Sala Superior de Arequipa¹⁰² y de otro lado, la propia Corte Suprema ha establecido como doctrina legal, la observancia obligatoria de algunos criterios complementarios de atenuación, tales como: a) la diferencia no excesiva de edades entre quienes sostuvieron las relaciones sexuales, b) la existencia de un vínculo sentimental sin impedimento o tolerado socialmente, c) que los sujetos tengan prácticas culturales o costumbres que reconozcan el inicio sexual temprano y d) la omisión voluntaria, reconociendo además la exención de la responsabilidad penal en el caso de las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 16 años cuya incapacidad cesó por matrimonio, por aplicación del inciso 10 del artículo 20 del Código Penal (consentimiento del titular de un derecho de libre disposición)¹⁰³

En sentido similar en el caso de la Justicia Penal Juvenil, se han dado también dos posiciones respecto de este problema, de un lado ha habido fiscales que se han abstenido de ejercitar la acción penal fundando su decisión en los argumentos constitucionales esgrimidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. En cambio otros, han optado por el camino de la aplicación de la Remisión, para cuyo efecto han tenido que interpretar la gravedad del ilícito penal regulado en el artículo 173° del Código Penal, no desde la pena conminada para el adulto; sino, desde la propia situación de los adolescentes inmersos en la justicia penal, utilizando para ello como herramienta la interpretación a contrario del artículo 202 del Código de los Niños y Adolescentes, desde la cual sólo cuando ha mediado violencia o grave amenaza contra la persona agraviada en la comisión de la infracción se justifica la conducción del adolescente ante el fiscal, siendo así y no habiendo en las relaciones sexuales consentidas realizadas ente dos adolescentes mayores de 14 años, ni violencia ni amenaza, estando por

¹⁰¹ Hubo un proyecto de derogación del inciso 3 Artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley 28704, del 5 de abril del 2006, que posibilitaba el retorno a la situación anterior, es decir al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, pero al ser observado por el ejecutivo y frente a la presión mediática, reaccionando con populismo legislativo, han guardado silencio hasta ahora.

¹⁰² Ejecutoria Suprema de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, consulta N° 637-2008 del 30 de abril del 2008, con efecto inter partes, en un caso de relaciones sexuales consentidas entre un adulto de 39 años y una adolescente de 16 años, por colisión con los artículos 2, inciso 2, (derecho a la igualdad) 24 apartado a) y d) de la Constitución. (Derecho a la libertad y derecho a la legalidad penal)

¹⁰³ Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ fundamentos 9-14 publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 25 de marzo del 2008.

tanto ante un hecho que no reviste gravedad en la Justicia Penal Juvenil, ha sido perfectamente factible la aplicación de la Remisión como forma de exclusión del proceso penal (inciso a del Artículo 144 del Código de los Niños y Adolescentes), con su consecuente derivación hacia un programa de orientación sexual. (Artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes). Este mismo criterio, de gravedad, ha venido sirviendo en la Justicia Penal Juvenil para hacer posible la aplicación de la remisión fiscal, a un mayor número de infracciones a la Ley Penal, haciendo posible el encuentro de la víctima y el adolescente que ha infringido la ley penal y permitiendo alcanzar una solución consensuada al conflicto, dentro de un modelo de Justicia Restaurativa.

3. La víctima en el “nuevo” escenario del “nuevo” Modelo Procesal Penal

La progresiva implementación de Nuevo Modelo Procesal Penal, nos coloca en un escenario nuevo frente a la víctima. Así, la legislación ha reconocido y diferenciado dentro del concepto de víctima al agraviado, al actor civil y al querellante particular en los delitos de acción privada.

Con esta diferenciación ha reconocido por primera vez derechos al agraviado, sin necesidad de constituirse en parte civil, algunos ya establecidos en las normas anteriores, tales como el derecho a un trato digno y el respeto de su identidad en los delitos sexuales y otros que implican por sí mismos el reconocimiento de un rol activo e importante, tales como el derecho a ser informado de sus derechos desde que interpone la denuncia, así como de los resultados de los actos en los que ha participado, así como del resultado del procedimiento, el derecho a ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal y el derecho a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria. Asimismo, merece una especial mención el reconocimiento de la doble garantía del niño o adolescente de estar acompañado en las diligencias por una persona de su confianza. (Art. 95 del Nuevo Código Procesal Penal, en adelante NCPP)¹⁰⁴

Asimismo es destacable que el Nuevo Código haya recogido la posibilidad de ser agraviados a las personas que forman parte de una persona jurídica, en los delitos cometidos por los miembros directivos de las mismas. Así,

104

como a las instituciones que velan por los intereses colectivos o difusos cuando son afectados éstos intereses. (Art. 94.4 del NCPP)

Por otro lado, si la víctima se constituye en actor civil, si bien no se le permite pedir sanción, por la naturaleza propia de su actuación vinculada al logro de la reparación civil por los daños y perjuicios derivados del ilícito (Art. 105° del NCPP), se le reconoce un mayor margen de participación: puede deducir nulidades, ofrecer medios de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios e incluso intervenir en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos, constituyéndose en un colaborador del logro de la pretensión penal y del real esclarecimiento de los hechos (Art. 104° y 105° del NCPP)

El Artículo IX. 3 del Título Preliminar del NCPP, señala que el proceso penal garantiza el ejercicio del derecho de información y participación de la persona agraviada o perjudicada por el delito, así como su derecho a una protección efectiva y a un trato acorde a su condición.

En este sentido, podemos señalar que los ejes vectores del redimensionamiento e importancia de la víctima en el proceso penal pasa en el caso de nosotros los operadores por la observancia de los siguientes aspectos en nuestra relación con las víctimas: Atender (escuchar, entender su situación y responder adecuadamente en el trato a esta situación) Asistir (Ayudar de modo concreto, mediante la proporción de información y asesoría legal, así como la inclusión en un programa de rehabilitación psicológica si es necesario), Proteger (evaluar el nivel de riesgo de la víctima y proveer una respuesta adecuada a ese nivel de riesgo, asimismo evitar o disminuir mediante acciones concretas la re-victimización) y por último Acompañar (no dejar a la víctima luego de la culminación del proceso judicial, estableciendo mecanismos de seguimiento que garanticen su resiliencia).

4.- Los problemas y retos del Nuevo Modelo en cuanto a la relación con la Víctima

4.1. El riesgo de lo viejo dentro de lo nuevo

Las modificaciones legislativas planteadas en el NCPP, implican en el papel, un rol más activo de la víctima, pues el sistema penal que se instaura pretende alcanzar una solución más pronta al conflicto derivado del delito y busca además el restablecimiento de la paz social. No obstante, seríamos ilusos si pensáramos que con sólo la entrada en vigencia del nuevo modelo,

la víctima dejará de ser utilizada por el sistema penal y pasará de mera fuente de información necesaria para la sanción penal.

Es más, el nuevo sistema donde los actos de investigación realizados a nivel policial y dentro del sumario, ya no tienen valor y es necesario que la prueba sea producida ante el juez, observándose los principios de inmediación, igualdad de armas y contradicción, puede hacernos pensar (desde una perspectiva de eficacia llevada al extremo), que como necesitamos una víctima colaboradora a toda costa, no importándonos su situación emocional.¹⁰⁵ Sería suficiente esta situación, donde por buscar la verdad a cualquier precio, desconocemos los derechos la víctima, para que la práctica destruya la teoría, para que paradójicamente, dentro de un modelo acusatorio, reforcemos el sistema penal inquisitivo y punitivo.

En este sentido, la revalorización de la víctima en el proceso penal, implica más que una reforma legislativa, un cambio cultural y de práctica cotidiana, que se pondrá de manifiesto en la opción permanente que tenemos que hacer entre la búsqueda de la satisfacción de sus intereses y la búsqueda de la sanción. En este contexto, el Ministerio Público, juega un rol trascendental, no sólo porque desde que formuló acusación, debe asumir con claridad su función como abogado de la víctima, sino además porque le corresponde la recuperación de la confianza de la víctima en la justicia, mediante la realización de acciones concretas en su favor, en la observancia irrestricta de sus derechos, en el aseguramiento de su inclusión como parte activa en el proceso penal y en la conversión de éste en un instrumento eficiente para alcanzar una solución al conflicto causado por el delito.

4.2. Las Dificultades del logro de una Entrevista Única en el caso de los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual

En el nuevo modelo, las pruebas se generan en el juicio oral, las diligencias realizadas durante la investigación preliminar y durante la investigación preparatoria no tienen valor probatorio. Esta situación nos enfrenta a un problema en el caso de las declaraciones de los niños y adolescentes por abuso sexual, el cual como sabemos por experiencia, se produce en la mayoría de los casos en el entorno familiar cercano. Necesitamos, con urgencia la declaración de la víctima, porque en estos casos nos encontramos ante una situación de emergencia legal, donde es urgente una intervención inmediata, pues ya nos ha pasado que cuando nos hemos demorado en la recepción de la declaración de la víctima, ésta se ha

¹⁰⁵ El Artículo 155.5 del NCPP señala que toda actuación probatoria debe realizarse teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima.

retractado ante la presión de su entorno familiar. Por otro lado, nos preocupa la re-victimización que implica el que el niño o niña víctima tenga que estar recordando una y otra vez lo que le sucedió, cuando por el contrario le corresponde ser integrada de modo inmediato a un programa o tratamiento psicológico.

Consideramos que el Fiscal Penal debe ponderar estas situaciones en cada caso concreto, solicitando de ser el caso la actuación de la diligencia de declaración como prueba anticipada con las mismas garantías que las que se tendrían en el juicio, ante el Juez de investigación preparatoria, con la citación de todos los sujetos procesales (Art. 242 del NCPP) Declaración que incluso, a nuestro criterio, debe realizarse por medio de una psicóloga especializada en entrevistas con menores de edad víctimas de abuso sexual, la cual además debe ser filmada, para evitar se repita en otras instancias.

Ahora bien, estando vigente el artículo 144 del Código de los Niños y Adolescentes que establece que el Fiscal de Familia, debe ser quien reciba la declaración de la víctima, careciendo de valor esta declaración consideramos que su participación se legitima únicamente en su especialización en el tratamiento de niños, estando llamado por esa razón a ser la persona que realice la entrevista en los lugares donde no haya personal calificado (psicólogo) pero esta participación circunscrita a estos efectos, no debe significar la desvinculación del Fiscal Penal, quien es el único responsable de la investigación.

4.3. La Protección efectiva de las víctimas en el proceso penal

La víctima debe sentirse protegida para poder participar activamente y de modo seguro dentro del proceso penal. La adopción de medidas de protección tiene que ver con el proceso de recuperación de la confianza de la víctima, con el restablecimiento de su autonomía (sensación de seguridad)

Para la adopción de las medidas de protección hace falta la evaluación del nivel de riesgo en el cual se encuentra la víctima. La adopción de medidas sin un estudio detallado de los niveles de riesgo, puede generar dos problemas igualmente perjudiciales y perniciosos: La adopción de medidas inadecuadas ocasionando mayor temor e inseguridad en la víctima, y de otro lado, la distracción de recursos materiales y humanos en casos que no ameritan protección desatendiendo aquellos en los que la protección es indispensable. Por ello, aunque el NCPP señala que son el Fiscal o el Juez

quienes deben evaluar el riesgo (Art. 247) y adoptar la medida de protección adecuada (Art. 248), nosotros consideramos que si bien ellos pueden tomar la decisión sobre la inclusión en el programa de protección, deben ser los responsables de éste último quienes deben tomar la decisión sobre el nivel de protección necesario, toda vez que nuestro Código únicamente enumera las posibles medidas de protección. Sin embargo, podemos identificar los siguientes niveles de protección correspondientes a determinados niveles de riesgo

a) Leve riesgo de la integridad física y psicológica de la víctima: Necesidad de la protección de información identificadora (Art. 248 del NCPP)

- Protección de datos (identidad, domicilio, centro de trabajo, etc) Por ejemplo la víctima puede fijar domicilio procesal en la Fiscalía. Así por ejemplo la Policía no puede informar a los medios de comunicación datos relativos a las víctimas o testigos sin la autorización del fiscal. (Art. 70)

- El uso de la cámara de Gessel o de un sistema de video conferencia puede dar seguridad a la víctima menor de edad en las diligencias y evitar que esté en el mismo ambiente que el agresor y de cualquier procedimiento que impida la identificación visual normal.

- El carácter residual de la confrontación, que opera como garantía a favor de la víctima, porque además de estar proscrita para las víctimas menores de 14 años, salvo petición de su defensa, sólo debe ser empleada en caso de contradicciones importantes y no de manera natural como ahora se realiza. (Art. 182 del NCPP)

- La participación en la rueda de reconocimiento desde un lugar desde el cual no pueda ser visto. (Art. 189 del NCPP)

- La recepción en privado de su testimonio de la víctima, cuando no se haya efectuado como prueba anticipada, se efectuará mediante la participación de un psicólogo que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes, debiendo tener también la víctima la presencia de un familiar de su confianza. (Art. 171,3 NCPP)

b) Evidente riesgo de la integridad física y psicológica de la víctima: Necesidad de resguardo policial y traslado a un lugar seguro (Art. 249 del NCPP)

- Protección policial
- Cambio de residencia temporal u ocultación de su paradero.
- La continuación de la protección terminado el proceso penal.

c) Grave situación de riesgo: Necesidad de emisión de nuevos datos identificatorios y traslado definitivo de residencia y trabajo (Art. 249.3)

- Cambio de identidad.

Consideramos que únicamente los niveles de riesgo b y c justifican la inclusión de la víctima en el programa de Protección de Víctimas y Testigos previsto en el artículo 252 del NCPP.

5. La devolución del conflicto a la víctima: ¿Podemos caminar hacia una Justicia Restaurativa?

Si planteamos la necesidad de la devolución del conflicto a la víctima, sólo podemos concebir un proceso penal en el que se le reconoce de modo concreto la posibilidad de tomar decisiones que le permitan satisfacer su interés reparatorio. Así, el NCPP establece al momento de la aplicación del Principio de Oportunidad Reglado (Art. 2,1 del NCPP) por escasa significancia del ilícito y por mínima culpabilidad del agente, la necesidad de haber reparado los daños causados o en su defecto la existencia de un acuerdo con la víctima en ese sentido.

Asimismo, si bien la búsqueda de los acuerdos reparatorios, consagrados en el artículo 2.6 del NCPP es obligatoria para todos los delitos culposos y para los dolosos previstos en los artículos del Código Penal 122° (lesiones leves), 185° (hurto simple), 187° (hurto de uso), 189-A primer párrafo (Hurto de ganado), 190° (apropiación ilícita), 191° (sustracción de bien propio), 192° (apropiación irregular), 193° (apropiación de prenda), 196° y 197° (estafa y defraudación), 198° (fraude en la administración de personas jurídicas), 205° (daño simple) y 215° (libramiento indebido), salvo que éstos ilícito concurren junto con otros o haya pluralidad de víctimas, en cuyo caso no es obligatoria la citación a diligencia de acuerdo. Lo fundamental de esta herramienta, que también forma parte de los llamados criterios de oportunidad, es que posibilita del mismo modo que en los casos del principio de oportunidad, una

salida distinta a la punición, preponderando la reparación y los intereses de la víctima.

La diligencia de acuerdo es entonces un requisito de procedibilidad para la formalización de la investigación, por ello, la no citación a la audiencia de acuerdo, acarrea la posibilidad de que la defensa interponga una cuestión previa. (Art. 4,1 del NCPP) No obstante una vez formalizada la investigación y hasta antes de la formulación de la acusación, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria una audiencia de acuerdo con citación del imputado y de la víctima, en la cual éste podrá dictar el sobreseimiento y fijar una reparación civil a falta de acuerdo en este extremo entre la víctima y el imputado. (Art. 2.7 del NCPP)

El NCPP, contiene otros mecanismos que si bien no tienen la función específica de devolverle a la víctima un rol activo dentro del proceso de negociación, sino que buscan más la celeridad, la abreviación del proceso, le da a la víctima el beneficio de una pronta reparación. Entre estas herramientas, tenemos a la terminación anticipada, la cual puede producirse previa audiencia ante el Juez de la Investigación Preparatoria y supone la aceptación de los cargos por parte del imputado ante la existencia de suficientes elementos de convicción que lo incriminan (Art. 468) obteniendo como beneficio un descuento de la sexta parte de la pena, que se acumula al descuento que recibe por confesión, además de no tener que soportar las costas del proceso. (Art. 471 y 497.5)

Otros mecanismos de abreviación, son el proceso inmediato, el cual supone la existencia de flagrancia, confesión o elementos suficientes reunidos en las diligencias preliminares, que hacen innecesaria la continuación de la investigación y ameritan la iniciación inmediata de un juicio. (Art. 446) Otro mecanismo que apunta también hacia la celeridad es la conclusión anticipada de juicio o también llamada conformidad por la doctrina, que implica la aceptación de los cargos por parte del imputado al iniciarse el juzgamiento y posibilita un espacio de negociación de la sanción y la reparación civil. (Art. 372)

No obstante, como ya hemos señalado el éxito de éstas herramientas, para el logro de la satisfacción de las víctimas y que mediante su uso nos acerquemos a resultados restaurativos, depende muchos factores, entre ellos el más importante es el buen uso que de ellas haga el fiscal, donde frente a cada caso concreto deberá ponderar entre la eficacia procesal, los derechos y garantías de los sujetos involucrados y el logro de los fines del

proceso. Así, como también depende mucho del control que sobre éstas facultades discrecionales haga el Juez.¹⁰⁶

6. ¿Es posible un acercamiento entre los programas de Justicia Restaurativa y los movimientos de protección de víctimas?

Yo creo que no sólo es posible, sino necesario, de hecho en el Proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa de Tierra de Hombres y Encuentros Casa de la Juventud, el Equipo de Atención y Asistencia a Víctimas (EAAVI) desempeña una función importantísima, entre ellas la mediación.

Sin embargo, a lo largo del mundo las cosas no son tan pacíficas, pues al comienzo los movimientos de víctimas pensaban que la mediación podría servir más para debilitar las respuestas penales a los delincuentes y re-victimizar, esto ha motivado que en algunos países cuando se han visto envueltos en prácticas restaurativas se esfuercen en tener una actitud más de condena sin miramientos hacia los autores, como por ejemplo en Alemania donde han apoyado la idea norteamericana “Three strikes and you are out” o en Inglaterra donde luego de un apoyo decidido de la mediación han decidido hacerse a un lado y dedicarse exclusivamente a la defensa de los derechos de las víctimas¹⁰⁷.

En Francia, en cambio el Instituto de ayuda a las víctimas INAVE, ha logrado compatibilizar tanto con la Justicia Restaurativa que ha cambiado su nombre para llamarse Instituto Nacional de Ayuda a las Víctimas y Mediación, entendiendo que su intervención en la mediación permite reparar el perjuicio ocasionado a la víctima, responsabilizando y reintegrando al autor, lo que implica la recomposición del tejido social¹⁰⁸.

Con la implementación del nuevo modelo procesal penal se están implementando unidades de asistencia dependientes del Ministerio Público, las cuales serán replanteadas en los próximos meses para sumir el rol adicional de protección. Sería importante que se considere a este equipo como un impulsor de las salidas alternativas con satisfacción de los intereses de las víctimas y que no solo se queden haciendo labores de asistencia legal, psicológica y social.

¹⁰⁶ QUISPE FARFAN, Fany “Terminación Anticipada”, Lección 4 del Curso el Rol del Fiscal en el Nuevo Código Procesal Penal, documento de trabajo elaborado por Fany Soledad Quispe Farfán, Ramiro Salinas Siccha y Christian Hernández Alarcón, para la capacitación de los fiscales en el Nuevo Modelo Procesal Penal.

¹⁰⁷ KELMEMAJER, Aida, Op Cit p 213-215.

¹⁰⁸ Ibidem

7. Mitos que hay sobre la implicación de las víctimas en la Justicia Restaurativa

Presentamos a continuación algunos mitos que evitan la implicación de las víctimas en los procesos penales a fin de obtener una reparación.

a) Las víctimas no están interesadas a encontrarse con el delincuente

Por el contrario, quieren cooperar pero no están dispuestas prestarse al juego del autor, piensan que con el encuentro pretende obtener una posición más favorable, las cifras demuestran que aproximadamente el 50% de víctimas de delitos no violentos está dispuesta a encontrarse con el agresor, cifra que se incrementa en el caso de la justicia penal juvenil.

b) La víctima no está preparada para encontrarse con el delincuente.

Es verdad pero puede estarlo, para ello debe ser informada de modo real, con la finalidad de que no tenga expectativas falsas, por ello la preparación de la víctima y del agresor es la llave del éxito, si no existe esta preparación es mejor que el encuentro no se produzca pues existe otras posibilidades de mediación, sin encuentro (mediación indirecta)

c) La mediación y la Justicia restaurativa no sirven para nada a la víctima ni ha tenido ningún resultado positivo.

En un importante número de casos la víctima se siente más pacificada por la oportunidad de expresar sus sentimientos y por las respuestas que ha recibido, para ello es importante cuidar el lugar del encuentro y además si bien la reunión puede estar estructurada esta no debe ser formal.

8. Trabajo de aplicación.

¿Quién debe encargarse de la mediación en la Justicia Penal?

Tema

¿Es la Justicia Restaurativa una tercera vía?

2

La cuestión es si “reparar es punir” (una pena alternativa, pero penal al fin) o si se repara para no punir (o sea, la reparación es una alternativa a la pena)

Aida Kelmemajer

1. ¿Qué es la tercera vía?

La primera vía es la pena, la segunda la medida de seguridad. Hoy en día está aún en discusión si la reparación es la tercera vía, y aunque Roxin sostiene que ésta tiene legitimación político jurídica por medio del principio de subsidiariedad. Asimismo, la reparación puede sustituir o completar la medida de seguridad, cuando a causa del principio de culpabilidad ésta no pueda sino satisfacer de modo limitado las necesidades preventivo especiales, y sustituir la pena o atenuarla completamente en aquellas situaciones donde satisfaga los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada, también reconoce que en la actualidad sólo es una propuesta de lege ferenda y que solo será una tercera vía cuando el legislador la contemple en el sistema de sanciones de manera totalmente distinta a la actual, siendo prueba de su impulso, la conciliación de los delitos fuera del ámbito penal, así como la composición de autor y víctima por medio de la aceptación voluntaria de obligaciones y el sobreseimiento tras su ejecución.¹⁰⁹

En nuestro país la reparación civil no es de modo autónomo una consecuencia jurídico penal, sino más bien una cuestión jurídico civil¹¹⁰. Sin embargo cuando hablamos de reparación como tercera vía estamos sosteniendo que ésta contribuye esencialmente a los fines de la pena. Desde esta perspectiva, la reparación al posibilitar que el que cometió el delito reconozca las consecuencias de su hecho delictivo e identifique los intereses legítimos de la víctima e incluso una reconciliación víctima – agresor cumple un fin resocializador (preventivo especial). Al mismo tiempo, la toma de conciencia por el valor de las normas jurídicas proyectadas hacia una comunidad que restableció su paz satisface los fines de prevención general positiva¹¹¹.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus “Derecho Penal” Parte General, Fundamentos de la Teoría del delito, Civitas 1997, p 110.

¹¹⁰ Nos hemos olvidado que la pena fue originalmente una reparación y que las satisfacciones al ofendido eran muy importantes y que como señalamos es más bien la expropiación del conflicto y la pena como castigo del Estado la que tiene una historia reciente.

¹¹¹ ROXIN, Op Cit p 109. Asimismo VILLAVICENCIO TERREROS FELIPE, Op Cit p 80.

De otro lado, la idea de que el que ha cometido un hecho debe pagar por lo que hizo, también se satisface por medio de la reparación, pues pese a que reparar no es punir, la reparación efectuada a satisfacción de la víctima no deja un sabor a impunidad, por lo que satisface la necesidad de “pago” de “reacción” del inconsciente social.

Roxin reconoce que la reparación podría usarse entonces como sustituto de la pena o cuando menos para su disminución, y cita ejemplos de la Justicia alemana en la que esto sucede así, como por ejemplo la suspensión del juicio a prueba que está ligada a la reparación, la valoración de la reparación en la determinación de la pena, e incluso en la justicia penal juvenil donde la reparación puede ser una consecuencia jurídica que puede ser impuesta por el juez.¹¹²

Asimismo, sostiene que la inclusión de la reparación en el Derecho Penal sirve mejor a los intereses de las víctimas que las penas privativas de la libertad y las multas que muchas veces frustran una reparación del daño. Cita también los resultados de investigaciones empíricas que demuestran que tanto la víctima como la comunidad le dan escaso valor a un castigo adicional a la reparación del daño en los casos de pequeña y mediana criminalidad, por lo que recomienda que en los casos que se castigan con multa se prescinda de la pena cuando se produzca la reparación del daño causado, sosteniendo además que en delitos más graves la reparación podría servir para una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria¹¹³.

Roxin¹¹⁴ sostiene que se han esbozado tres construcciones doctrinales contemplando la reparación:

- a) La composición privada del conflicto.- Aceptada en el Código Penal Austriaco, el cual descarta la aplicación de la pena en los delitos contra el patrimonio y la propiedad si es que se reparan los daños, así como en el caso de los hurtos en tiendas, el autor sostiene sin embargo que éstos son casos marginales donde la reparación no se integra al Derecho Penal sino más bien el poder estatal es el que se ha relegado a un segundo plano.
- b) La incorporación de la reparación como una tercera clase de pena.- para algunos delitos determinados y aunque la crítica manifiesta su

¹¹² Roxin, citado por KELMEMAKER, Aida Op Cit p 162.

¹¹³ Roxin, Claus “Derecho Penal” Op Cit p 109.

¹¹⁴ Roxin citado por KELMEMAJER, Aida, Op Cit p 164.

preocupación por que la reparación civil se convertiría en una sanción penal, pero se sustenta que de lo que se trata es que la reparación sea consensuada con la víctima.

- c) Debe establecerse la reparación como un nuevo fin de la pena.-Roxin sostiene que no se necesita decir que hay un nuevo fin en la pena pues la reparación es un instrumento de utilidad que cumple los fines preventivos especiales y generales de la pena, por lo que no se puede sostener que no cumpla fin preventivo alguno.

En 1992, se publicó en Alemania el Proyecto Alternativo de Reparación, con el concurso de profesores alemanes, austriacos y suizos, no obstante la reparación como institución a “dos bandas” o “sin patria” no ha podido instaurarse como sustituta de la pena siendo más bien su aplicación en el derecho penal circunscrita a los casos en donde la aplicación de la pena o de la medida de seguridad es más bien contraproducente a los fines preventivos que el sistema penal persigue.¹¹⁵

2. Los defensores de la Justicia Restaurativa frente a la idea de una reparación como sanción jurídico penal y nuestra posición

Zehr señala que describir la Justicia Restaurativa con ojos punitivos es ensuciarla, que por ello es necesario cambiar los lentes y abandonar el punto de vista retributivo para asumir la justicia restaurativa. Walgrave, por su lado sostiene que la pena impuesta en un tribunal es pública, coercitiva y despersonalizada a diferencia de la justicia restaurativa a la cual compara con las sanciones familiares de los padres que es privada y pedagógica. Estas posturas sostendrían más que la Justicia Restaurativa es una alternativa frente al Derecho Penal¹¹⁶.

Otros como Duff, en cambio sostienen más bien que la Justicia restaurativa establece medidas punitivas pues ordenar la reparación es en realidad sancionar, mientras Patricia Roca Estrada ha sostenido que la reparación se integra de modo complementario a la pena siendo en realidad la orden de reparación una nueva penalidad. Por su parte Bruce Archivald, es más bien escéptico de las buenas intenciones planteadas por la justicia restaurativa sosteniendo que las partes convocadas a las reuniones tiene una carga que cumplir y por lo tanto no puede negarse el efecto punitivo del resultado.¹¹⁷

¹¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel “Derecho Penal” Modernas bases dogmáticas, Grijley, Lima 2004, p198 -201.

¹¹⁶ KELMEMAJER, Aida, Op Cit p 167.

¹¹⁷ Ibidem p 168

Ciertamente la línea que divide la punición de la reparación es débil, como lo es la que divide las prácticas resocializadoras de las que buscan resultados restaurativos, por ello creemos como KELMEMAJER que la distinción entre pena y reparación es más filosófica que práctica, y que en todo caso la Justicia Restaurativa no es una alternativa al Derecho Penal, sino dentro del Derecho Penal, donde incluso la sanción penal puede ser un efecto paralelo a la Justicia Restaurativa como ésta al propio derecho penal¹¹⁸.

No se pretende por ello ni negar la vigencia del Derecho Penal, ni salir del sistema penal. Se trata de evitar los efectos nocivos irreparables y el costo social de la intervención penal clásica, confiando en la capacidad de los implicados para encontrar fórmulas de pacto, de compromiso de pacificación, con la influencia de las instituciones primarias que permitan el acatamiento sincero de las normas y la prevención del delito¹¹⁹.

3. Reparación impuesta o acordada, en dinero o en especie, material o simbólica

La reparación puede ser impuesta o acordada. Los partidarios de la Justicia Restaurativa, consideran que ésta debe ser acordada para ser restaurativa, aun corriendo el riesgo de que el autor tenga una intención de elusión al aceptarla, pues son las reglas de juego y la sanción privativa de la libertad ha dado pocas muestras de eficacia y frente a ella en la reparación hay menos dolor, más rapidez y más ventajas para la víctima.¹²⁰

La reparación no necesariamente puede ser en dinero, pues si de lo que se trata es la satisfacción de las necesidades de la víctima, puede ser esta una prestación “hacer” e incluso puede no ser material (simbólica) como las explicaciones del caso y las disculpas.¹²¹

¹¹⁸ Ibidem p 169 Sin embargo la distinción en nuestra posición es que siendo la justicia Restaurativa complementaria del Sistema Penal, hay ocasiones en las que practicas restaurativas no tienen un contenido que se refleja en el proceso, pues no alteran el curso de la repuesta penal sin que por ello pueda negarse su efecto restaurativo.

¹¹⁹ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Derecho Penal” Introducción, Universidad Complutense de Madrid, 2000, p 18.

¹²⁰ PALMA CHAZAMA, Luhé “La Mediación como proceso Restaurativo en el Sistema Penal” Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 18 de julio del 2007, p 446 La autora cita a Esther Jiménez Colomer, que sostiene que la idea es que el autor quiera voluntariamente reparar y repare.

¹²¹ RODRIGUEZ DELGADO, Julio “La Reparación como sanción jurídico penal” Editorial San Marcos, Lima 1999, p 133, este autor cita al Proyecto alternativo de Derecho Penal en el que se señala “la reparación es la compensación de las consecuencias del hecho mediante una prestación voluntaria del autor”

4. ¿Podemos hablar de reparación frente a casos graves?

Tal vez se pueda indemnizar frente a la pérdida de la vida humano pero no podríamos hablar en éstos casos de reparación como tampoco en otros delitos particularmente graves¹²².

Por ello, la reparación en el contexto de una justicia restaurativa es más bien aplicable frente a delitos menos graves en sustitución de la respuesta tradicional, lo que no significa que no se pueda buscar un efecto restaurativo incluso en los delitos graves, pero en estos casos, el efecto restaurativo sería más bien paralelo a la propia sanción penal.

La mediación y la conciliación en el ámbito penal como herramientas de una Justicia Restaurativa, de tercera vía, ofrecen un balance positivo cuando circunscriben su objeto a determinados delitos (delitos menos graves, justicia penal juvenil, infractores primarios), pero corren el riesgo de ser nocivos intentos de una privatización inadmisibles del conflicto criminal cuando pretenden erigirse como alternativa global de todo el sistema eludiendo el control jurisdiccional y los derechos fundamentales de los sujetos involucrados.¹²³

5. Responde.

¿En tu opinión debe ser la reparación una tercera vía? ¿En qué casos?

¹²² Roxin llama a estos delitos “lesiones no reparables” pero las define de modo abstracto Cfr RODRIGUEZ DELGADO, Julio, Op Cit, p 205.

¹²³ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Op Cit, p 19

Tema 3 ¿Cuáles son las ventajas de la Justicia Restaurativa frente a los enfoques tradicionales?

*“Para hacer una reparación de carpintería
podemos usar muchas herramientas,
pero posiblemente sólo una de ellas será la más apropiada”
David Fischman*

1. ¿Por qué debemos optar por la Justicia Restaurativa?

Uno de los principales beneficios de la justicia restaurativa radica en la posibilidad de plantear preguntas importantes acerca de cómo se define el éxito en el marco de las prácticas existentes y presentar opciones que pudieran causar menos daño y generar mayores beneficios para los interesados¹²⁴. A continuación presentamos una comparación entre la Justicia Restaurativa y los modelos de Justicia Tradicional:

	Rehabilitadora/Tutelar	Retributiva	Restaurativa
1. Contexto social	Estado de Bienestar	Autoritarismo	Democracia
2. Concepción de la infracción a la Ley Penal o del delito	Refleja la necesidad de curación del adolescente/ o tratamiento del adulto delincuente	Se define de modo abstracto, como una violación de la Ley. No se entiende el delito como un conflicto interpersonal.	Un acto en contra de otras personas y de la comunidad, una violación de las relaciones. El delito es un conflicto interpersonal. Se recupera el significado que tiene el conflicto.
3. Quien controla la delincuencia	En el caso de la Justicia Penal Juvenil, no hay delincuencia, pero sí acto antisocial, el Estado interviene para rehabilitar al menor de edad	El sistema de Justicia Penal controla la delincuencia (El Estado)	La comunidad es la principal responsable de controlar la delincuencia.

¹²⁴ Grupo de Expertos en Justicia Restaurativa reunidos en Ottawa del 29 de octubre al 1° de noviembre del 2001

	En el caso de los adultos si hay delincuencia, frente a la cual debe establecerse un tratamiento penitenciario.		
4. Actores que deben intervenir	El Estado interviene en forma ilimitada frente al riesgo social (monopolio y centralización) La comunidad queda al margen de la intervención. También quedan al margen la víctima y el agresor, quien no asume ningún tipo de responsabilidad.	El Estado tiene el “Monopolio” para ocuparse de la sanción de los delincuentes (expropiación del conflicto) La comunidad queda al margen de la intervención, representada abstractamente por el Estado. El adolescente asume una responsabilidad frente al Estado de modo abstracto, aun cuando se fije una reparación civil pues la deuda se pagará al Estado.	Se reconoce el Rol del autor, la víctima y la comunidad. La comunidad es un facilitador en el proceso restaurativo. El autor asume una responsabilidad y un deber de reparar a una persona concreta. La víctima se implica en la búsqueda de la solución.
5. Se denuncia	En el caso de la Justicia Penal Juvenil, al que ha cometido la conducta antisocial (inimputabilidad) En la Justicia de adultos, al delincuente.	Al que ha cometido la infracción a la ley Penal o delito (agresor)	El agravio cometido a una persona determinada (víctima)
6. Atención en	Ofensor.	Ofensa	Relaciones

7. La Ofensa	Como una manifestación de una persona en peligro para él y para la sociedad	Definida en términos puramente legales. desprovisto de sus dimensiones morales, sociales, económicas y políticas.	Definida en todo su contexto tomando en cuenta todas sus dimensiones. Se ha afectado física, psicológicamente a una persona, su sentido de seguridad, también a su familia (comunidad de daño)
8. Se interviene por	En el caso de la Justicia Penal Juvenil se interviene por la necesidad de rehabilitación. (menor abandonado/delincuente) En el caso de los adultos delincuentes esta misma necesidad de rehabilitación con un enfoque terapéutico.	Culpabilidad	Responsabilidad
9. Respuesta Estatal y rol del autor	En la Justicia penal Juvenil y de adultos, Tratamiento (rol pasivo) En la Justicia Penal Juvenil la “protección” viola o restringe derechos. (lo asistencial confundido con lo penal) El mal hecho a la sociedad se reemplaza por otro mal disfrazado de protección.	Castigo (rol pasivo) Un mal hecho a la sociedad se reemplaza por otro mal.	Rol activo del autor Reparación del mal hecho a la sociedad

	Acción directa del Estado sobre el autor. (Agresor pasivo y víctima ignorada)	La acción directa del Estado sobre el autor (agresor pasivo y víctima ignorada)	Víctima y el agresor reconocen el rol que tienen en el problema (conflicto) y en la solución.
10. Orientado al	Pasado ¿Lo hizo? Respuesta estatal enfocada en la conducta pasada..	Pasado ¿Lo hizo? Respuesta estatal enfocada en la conducta pasada.	Futuro ¿Qué debemos hacer al respecto? Respuesta enfocada en las consecuencias de la conducta pasada.
11 Objetivo a lograr en el adolescente	Adaptación, conformidad El tratamiento se usa para que el menor que ha cometido el acto antisocial se adapte, se conforme con los valores sociales. Pase de la “situación irregular” a una “situación normal” La misma idea terapéutica en el caso del adulto Prevención especial	Elemento disuasorio. El castigo se usa para aleccionar al infractor desalentar y prevenir la delincuencia, disuadir a la sociedad. Prevención general y retribucionismo.	Restauración. La Reparación significa restauración de ambas partes, se usa para devolver y recrear el vínculo con la sociedad. La reparación como acción educativa, al enfrentarle directamente a la víctima, tiene un efecto beneficioso (estimula la reflexión)

12. Límite de la Intervención Estatal	En el caso de la Justicia Penal Juvenil el balance es la necesidad de rehabilitación, la intervención no cesa hasta que se “superen” las razones de la intervención. (internamientos con fines “terapéuticos” indeterminados) En el caso de los adultos, el límite del tratamiento está señalado en la sentencia	El balance es entre el mal causado por el adolescente infractor y el castigo. Tanto en los adultos como los adolescentes se efectúa un análisis de la proporcionalidad.	Se logra el balance a través de un acto positivo por parte del infractor. (Que haga lo correcto).
13. Posición de la Víctima	Secundaria (las necesidades de las víctimas son ignoradas y no son consideradas)	Secundaria (las necesidades de las víctimas son ignoradas y no son consideradas)	Central (los derechos son reconocidos y sus necesidades son atendidas)
14. El proceso	Divide a las partes Dependencia en lo que dispongan los profesionales. Especialización, sin justicia Autoritario	Divide a las partes Dependencia en lo que resuelvan las autoridades. Retribución, sin justicia Adversarial, Técnico, impersonal (el estado contra el	Se busca unir a las partes, envolverlos directamente en la búsqueda de la solución al conflicto. (diálogo-conciliación, negociación) Justicia y especialización Participativo, maximiza el diálogo.

		agresor de la Ley)	
15. La justicia como “objetivo” del proceso se define por	La intervención estatal, sin importar las garantías.	El proceso en el que se respetan las formas procesales y se toma decisiones judiciales.	En virtud del resultado obtenido, las buenas relaciones que se logren.
16. Reacciones del adolescente	Impunidad Fomenta la dependencia	Dolor, enojo y resentimiento por el castigo, no fomentan que el adolescente asuma la responsabilidad de sus actos, ni tampoco el perdón. Fomenta valores de competencia	Responsabilidad. Hay posibilidades de arrepentimiento y perdón. Fomenta el sentido de pertenencia a la comunidad y solidaridad.
17. La responsabilidad se entiende como	No hay responsabilidad	Como recibir un castigo	Entender el impacto de la acción y su decisión y disposición para hacer las cosas bien.
18. Nivel de estigmatización frente a los hechos	Marca indeleble respecto del paso por la Justicia tutelar, sin que importen mucho los hechos cometidos. Hay un acento más en la condición de “delincuente”	Marca indeleble respecto del paso por la Justicia Retributiva y estigma permanente respecto de los hechos cometidos	La acción restaurativa borra la estigmatización del crimen.

Una de las preguntas claves que se ha hecho en este sentido está vinculada con los costos de la Justicia Restaurativa frente a la Justicia Tradicional. Al respecto, el Estudio y Análisis sobre Costo/Beneficio Económico y Social de los Modelos de Justicia Juvenil en el Perú efectuado por la Fundación Terre des hommes Lausanne (Suiza) y la Asociación Encuentros Casa de la Juventud durante los años 2007 y 2008, demostró que los modelos de justicia de medio abierto son menos costosos que los de medio cerrado y que tienen un mayor nivel de reinserción social¹²⁵.

En el mismo sentido, Bruce Archibald, destaca que el Modelo de Justicia Restaurativa tiene frente al Modelo Retributivo, una mayor satisfacción de los participantes, menores niveles de reincidencia y muchos más casos en los que se arribaron a acuerdos reparadores¹²⁶.

Hace muchos años se regularon en nuestro país instituciones que permiten la inclusión de la víctima en la solución del conflicto derivado del ilícito penal cometido por un adolescente (remisión y el reciente perdón del ofendido) pero debemos reconocer, a la luz de lo que hemos visto en las lecciones anteriores, que en nuestras prácticas jurídicas seguimos, entre el neo-Retribucionismo y la rehabilitación, aunque sabemos que estas perspectivas han fracasado.

Frente a esta situación, se nos presenta una posibilidad de cambio: La Justicia Restaurativa. Se nos invita a ver el conflicto que subyace detrás del delito y a propiciar que el autor que rompió la paz social asuma su responsabilidad, entienda la dimensión del perjuicio causado a la víctima y desde allí, la necesidad de reparar a quien dañó.

Podemos ser escépticos, porque podemos pensar que la Justicia Restaurativa, es sólo nuevo discurso. Pero, porque no asumir el reto, pues como hemos podido constatar en esta unidad, que las cosas cambien no es sólo cuestión de norma; sino fundamentalmente de prácticas, de maneras de entender nuestro rol de operadores y de modos de hacer las cosas.

Si siempre hacemos lo que siempre hemos hecho, no lograremos nada diferente de lo que hasta hoy hemos logrado. Si estamos conformes con lo que el Modelo de Justicia logra en la actualidad y creemos que nada

¹²⁵

Al texto completo del informe se puede acceder en <http://www.justiciaparacrecer.org>

¹²⁶

Citado en KELMEMAJER DE CARLUCCI, Justicia Restaurativa...cít., p 267,

debemos de cambiar, es innecesario seguir adelante. Si por el contrario, pensamos que las cosas pueden ser distintas y que podemos hacer mucho para lograrlo, debemos optar por la justicia restaurativa que en el mundo se abre paso como una tercera vía¹²⁷ frente al neo-Retribucionismo y neo-tutelarismo o ¿Acaso estamos contentos con las cosas como están?

¹²⁷ El término “tercera vía”, fue acuñado por Roxin, como una tercera respuesta frente al delito, distinta a la pena y a la medida de seguridad. Con el tiempo no son pocos quienes identifican Justicia Restaurativa con Tercera Vía, por el acento en la reparación, aunque hay que aclarar que en este caso, no sólo estamos ante una “tercera vía” frente a la pena y la medida de seguridad; sino también frente al enfoque punitivo y tutelar.

Tema 4 **¿Cuáles son los aspectos claves para la implementación de la Justicia Restaurativa?**

“Un viaje de mil millas comienza por el primer paso”

Lao Tse

Si hemos decidido asumir la Justicia Restaurativa, a estas alturas ya nos habremos dado cuenta que la tarea requiere algunos aspectos que debemos de cubrir necesariamente, y que a continuación analizaremos en detalle:

A) La importancia de una buena Gestión de casos para asumir la Justicia Restaurativa

“Hemos encontrado al enemigo y somos nosotros”

Pogo

1. ¿Agobiados por la carga de trabajo?

Un denominador común entre los operadores es la “carga de trabajo”. En los eventos de capacitación con mucha frecuencia se hace mención a la necesidad de crear más fiscalías, más juzgados y tener más personal.

Estos reclamos, en muchos casos, no dejan de tener razón, pero su solución excede totalmente nuestras competencias, pues no seremos nosotros en nuestra condición de operadores podamos crear las fiscalías y juzgados suficientes.

Por ello es necesario examinar nuestro trabajo y reconocer la responsabilidad que tenemos en nuestra “carga de trabajo”. Por ejemplo los fiscales somos quienes tenemos la “llave de acceso” y la usamos cada vez que denunciemos, por lo que somos responsables de la congestión del sistema penal.¹²⁸ Luego los casos que hemos denunciado vuelven a nosotros convertidos en “carga de trabajo” y nos demandan tiempo en su preparación, diligencias judiciales y la elaboración del dictamen.

Ahora bien, si analizamos con cuidado muchos de los casos que ingresamos al sistema no debieran nunca haberlo hecho, pero eso no lo hemos advertido

¹²⁸

DUCE. Mauricio “El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal” en El Nuevo Proceso Penal, Estudios Fundamentales, Editorial Palestra, Lima, 2005 p 119.

sino mucho tiempo después, Debemos admitir por ello que el problema es básicamente de la forma en que gestionamos nuestros casos.

2. El ¿Qué? y el ¿Cómo? en la gestión de los casos

Gestionar los casos implica tomar decisiones sobre los mismos, sabiendo de antemano que objetivo tenemos y como contribuimos con alcanzarlo en cada una de esas decisiones.

Como podemos ver la gestión está centrada en los objetivos y el modo de alcanzarlos, por lo que es fundamental que empecemos teniendo en claro ¿Qué buscamos con nuestro trabajo como fiscales o jueces? y ¿Cómo tenemos que actuar para lograr lo que estamos buscando?

La primera pregunta tiene que ver con la concepción que tenemos de nuestro trabajo y la forma en que hemos asumido las funciones que van implícitas en el mismo. Por ejemplo: un fiscal que no cree en la posibilidad de reintegración de los adultos o adolescentes que cometen algún ilícito, no debe ni siquiera formular un objetivo, lo que debe hacer es cambiarse de especialidad a un área en la que no sea un requisito necesario creer en ello.

La segunda pregunta también tiene que ver con esta misma concepción pero en una exigencia mayor, es decir en la práctica misma, pues el como hacemos las cosas en el día a día pone en evidencia nuestra verdadera concepción de las cosas. A continuación profundizaremos más en estas ideas

3. El ¿Qué? La eficacia

Tener en claro nuestros objetivos es condición básica para ser eficaces (de hecho la eficacia consiste justamente en alcanzar los resultados que nos hemos propuesto) por ello es fundamental que al formularlos lo hagamos de modo concreto de modo que podamos al cabo de un tiempo comprobar nuestra efectividad.

Por ello recomendamos formular el objetivo en dos niveles. El primer nivel está vinculado con lo que vamos a lograr de modo conjunto con la comunidad en la que trabajamos. Por ejemplo si asumimos la Justicia Restaurativa, podemos plantearnos como objetivo “Asegurar la participación de las víctimas en las diligencias de acuerdo de principio de oportunidad o acuerdos reparatorios”. Esto no depende únicamente de nosotros, pues

debemos implementar un mecanismo de comunicación con las víctimas para asegurarnos que realmente concurren, que va más allá de la simple notificación formal. En el caso de la Justicia Penal Juvenil, podría ser “asegurar que los adolescentes sean acompañados en libertad luego de la concesión de la Remisión” Ambos objetivos como vemos no aun que no dependen exclusivamente de nosotros, nos competen pues en ellos es fundamental nuestra participación la cual contribuye decisivamente a lograr este objetivo.

El segundo nivel, que es el que ahora nos compete, está centrado en lo que vamos a hacer nosotros de modo concreto con el logro del objetivo planteado en el primer nivel. Dicho de otro modo en el caso del principio de oportunidad por ejemplo ¿Cómo nos aseguraremos de realizar audiencias de principio de oportunidad en las que las víctimas realmente estén presentes? Verificaremos el número de diligencias y el número de participaciones y nos plantearemos una meta cuantitativa.

Número de diligencias de acuerdo _____

Número de casos en los que la víctima ha participado _____

Meta propuesta _____

Del mismo modo en el caso de la Justicia Penal Juvenil, nos preguntaremos ¿Qué tenemos que hacer nosotros para que tengan un acompañamiento en libertad los adolescentes? La respuesta es obvia: concederles la Remisión, ni más ni menos. Parece simple pero preguntémonos ¿Cuál es la proporción de casos que ingresan al sistema penal en nuestra fiscalía y cuál es el porcentaje de las remisiones que concedemos?

Número de casos ingresados en lo que va del año _____

Número de remisiones concedidas _____ Porcentaje _____

Identificada la situación, podemos poner un objetivo muy sencillo: Duplicar el número de remisiones concedidas. Si además señalamos un tiempo ya tenemos una meta trazada que podemos medir de modo concreto.

4. El ¿Cómo? La Eficiencia

De qué nos vamos a valer para alcanzar el objetivo propuesto, cómo emplearemos los recursos humanos y materiales con los que contamos esto es la eficiencia. En síntesis hacer las cosas bien. Por ejemplo Si un fiscal empeñado en elevar el número de remisiones concedidas, emplea la remisión sin tener elementos suficientes que vinculan al adolescente con la comisión del ilícito, es decir debiendo en realidad archivar el caso, no estaría siendo eficiente al vulnerar la garantía de la presunción de inocencia. Del mismo modo tampoco sería eficiente si concede la remisión como simple

mecanismo de descongestión de carga procesal sin preocuparse por el acompañamiento en libertad del adolescente. En ambos casos nos encontramos frente a fiscales que tal vez podrían alcanzar “aparentemente el objetivo” de elevar el número de remisiones pero no estarían “haciendo bien” su trabajo, es decir serían ineficientes.

Si un fiscal o juez es eficiente (hace las cosas bien) y al mismo tiempo es eficaz (logra los objetivos que se ha propuesto) es al mismo tiempo efectivo, pues ha utilizado adecuadamente sus recursos (normas, personas y recursos materiales) para alcanzar sus metas.

5. ¿Qué significa para gestionar los casos?

Llamamos gestión de casos al conjunto de actividades que efectuamos en el caso de los fiscales (fundamentalmente selección de casos, decisiones tempranas y comunicación de las decisiones) y en el caso de los jueces (manejo de la agenda, control de legalidad, concentración de actos procesales) los cuales encontrándose centrados en nuestros objetivos están dirigidos a maximizar nuestras energías y recursos en relación con las necesidades de cada caso y cada persona (autor o víctima) usuarios de nuestro despacho.

En esta tarea los fiscales debemos tomar decisiones inmediatas para decidir los casos que vamos a investigar de aquellos que ni siquiera merece la pena hacerlo y debemos rechazarlos liminarmente (decisión temprana dentro del principio de legalidad), así distinguir aquellos casos en los que vamos a abstenernos de ejercitar la acción penal (Decisión temprana dentro del principio de oportunidad: remisión fiscal y archivo por perdón del ofendido) de aquellos que por su gravedad deben ingresar al sistema penal. Un ejemplo de gestión en el caso de los jueces es el agendamiento de causas similares el mismo día con la finalidad de optimizar el manejo de los tiempos.

La Norma Técnica Peruana (NTP –ISO 9000-2001) tiene algunos conceptos que nos parece fundamental recordar:

Sistema: “Conjunto de elementos mutuamente relacionados que interactúan”

Sistema de Gestión: “Sistema para establecer la política y los objetivos y para lograr dichos objetivos”

Gestión: “Actividades coordinadas para dirigir y controlar una organización”

Sistema de Calidad: “Estructura de la organización, procedimientos, procesos y recursos necesarios para llevar a cabo la gestión de la calidad”¹²⁹

6. La Gestión efectiva depende de más dependencias, más personal, modificación legal?.

Las instituciones públicas sufrimos un mal endémico, generalmente no tenemos ni la infraestructura, ni los recursos materiales, ni el personal suficiente. Sin duda trabajamos con muchas carencias, pero la gestión no tiene que ver con las cosas que nos faltan, sino con la forma en la que empleamos lo que tenemos.

Cuando los fiscales no seleccionamos adecuadamente las denuncias empleamos tiempo valioso que podemos utilizar en otros casos. Por ello, debemos asumir nuestra responsabilidad en la generación de la carga de trabajo de la Fiscalía y de todo el Sistema Penal (recordemos que somos quienes tenemos la llave).

Por otro lado, también tenemos que reconocer que la Gestión de las denuncias no tiene que ver con la modificación legislativa de las normas que regulan nuestro trabajo, pues tenemos las herramientas legales que nos permiten efectuar dicha selección (archivo, remisión, etc). El Problema es que subutilizados esas herramientas legales haciendo que casi todo ingrese en el Sistema Penal. Situación que causa más perjuicios que beneficios tanto para el adolescente, para la víctima como para toda la comunidad.

7. La importancia de la Gestión de casos

La Gestión de los casos nos permite separar lo urgente, de lo importante. Llamamos lo urgente a las cosas que debemos resolver en el día a día (las diligencias que tenemos, las denuncias que debemos formalizar, etc) éstas cosas siempre las hacemos pues al ser urgentes concentran toda nuestra atención. El problema es que descuidamos lo importante, es decir el objetivo que queremos alcanzar por hacer sólo cosas urgentes.

Por ello debemos hacer lo “urgente” pero pensando en lo “importante”, es decir en la medida en la que nuestra acción contribuye a los objetivos que

¹²⁹

Tomado de Propuesta del Ministerio Público para la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Diseño del Nuevo Sistema de Gestión Fiscal, Ministerio Público, Lima, 2005, p 15.

nos hemos trazado en forma conjunta con los demás actores sociales de nuestra localidad o con el equipo que tenemos a cargo.

A continuación un ejemplo de la Justicia Penal Juvenil

Si a nivel local hemos analizado que los adolescentes están ingresando a pandillas juveniles, efectuado infracciones a la Ley en estas pandillas y que las infracciones que cometen son en su mayoría contra el patrimonio, contra la propiedad y la vida el cuerpo y la salud, y en ese contexto nos hemos trazado como objetivo a nivel local, la disminución de la comisión de éstas infracciones, así como evitar que los adolescentes que comenten las mismas reincidan. Si efectuamos una intervención centrada en lo urgente, corremos el riesgo de únicamente efectuar denuncias, haciendo ingresar al Sistema Penal casos que nunca debieron ingresar y que deben resolverse fuera del sistema judicial. Si por el contrario pensamos en una intervención centrada en lo importante, tendremos que reconocer que el objetivo que nos hemos trazado no depende únicamente de nosotros e involucra por lo menos tres niveles de intervención:

1) Labores preventivas efectuadas en la comunidad¹³⁰, donde mediante la generación de programas generales se promueva la participación constructiva de todos los jóvenes y la inclusión de quienes se encuentran en alguna pandilla¹³¹. Por ejemplo: en los colegios además de evitarse la práctica profesoral de expulsión de clases, debe fomentarse la participación de los adolescentes en las decisiones que les afectan y su inclusión en la generación de normas de convivencia, vigilancia de su cumplimiento y hasta en la resolución de conflictos.

2) Apuesta por la desjudicialización y búsqueda de respuestas en la comunidad, mediante la utilización de las posibilidades que las propias normas vigentes nos habilitan como por ejemplo la Remisión de los adolescentes a los programas comunitarios, para que sea la propia comunidad quien se haga cargo y asuma su responsabilidad en la solución del conflicto que implica la comisión de un ilícito penal. La Gestión de las

¹³⁰ En este nivel están todas las instituciones de base: Municipio, Iglesias, Colegios, Centros de Salud, Comisarías, ONGs e Instituciones comunales clubes de madres, vaso de leche, etc.

¹³¹ No se trata de hacer programas para las pandillas; sino la inclusión de los jóvenes que están en una pandilla en los programas pensados en todos los jóvenes de la comunidad. Tampoco se trata evidentemente de combatir las pandillas, lo que hay que combatir son la inversión de valores que provoca la sub cultura que les lleva a reivindicar con orgullo la comisión de ilícitos. Por ello se debe preferir los programas generales sobre los especializados, y éstos únicamente deben existir en la medida en que exista una razón que así lo justifique y sólo por breve término. Por ejemplo (consumo de drogas)

denuncias nos permite seleccionar a los adolescentes que serán pasibles de remisión a los programas comunitarios y trabajar junto con la comunidad el restablecimiento de la paz social, mediante la reparación del perjuicio ocasionado a la víctima.

3) El Sistema Judicial como “última ratio”, el tercer nivel es el último recurso y debe evitarse al máximo, por ello debe estar reservado únicamente para las infracciones graves. Cuando hemos efectuado una selección deficiente el control jurisdiccional debe conceder la remisión para desjudicializar en forma correctiva algo que nunca debió ingresar al sistema judicial.

Como hemos podido advertir, para poder estar centrados en lo “importante” debemos gestionar de modo adecuado nuestra carga de trabajo, pues si sentimos que la carga de trabajo nos agobia y no la manejamos, nosotros mismos somos el “enemigo” que impide efectuar un trabajo de calidad centrado en los objetivos que hemos trazado conjuntamente con los demás actores sociales con quienes tenemos nuestra estrategia de trabajo en RED. En un partido de fútbol un jugador concentrado en lo “urgente” avanza rápidamente con la cabeza gacha, y sólo ve al marcador que tiene enfrente. Un jugador concentrado en lo importante ve todo el campo de juego, sabe quién está mejor habilitado para recibir la pelota y anotar. El primer jugador puede ser que sea individualmente bueno, el segundo es efectivo.

La gestión de casos nos permite ser efectivos, pues no disminuye la comisión de ilícitos cuando se incrementa el número de denuncias y sentencias condenatorias, sino cuando mejora la coordinación entre el “control social informal” (nivel preventivo) y el “control social formal” (Sistema Penal).¹³²

8. Apliquemos lo aprendido

En el nuevo modelo procesal penal, se debe utilizar las llamadas salidas alternativas para evitar que todos los casos ingresen al sistema penal, entre otras razones porque en el nuevo modelo procesal, los casos serán investigados directamente por la Fiscalía, de tal forma que la carga de trabajo ya no pasará al Poder Judicial, sino que se quedará en la Fiscalía.

¹³² En este sentido opinan MUÑOZ CONDE, Francisco en Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Edición, p 91 y 92, GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio en “Derecho Penal, Introducción”, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p 5 y LUZON PEÑA, Diego Manuel en “Curso de Derecho Penal” Parte General, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p 83.

Analizando tu propia carga de trabajo. ¿Cuáles son los principales obstáculos que tienes para efectuar una adecuada Gestión de las denuncias que tienes a tu cargo?

B) No se puede asumir la Justicia Restaurativa sin trabajar en y con la comunidad

*“Una idea simple es que si pescamos con un anzuelo,
sólo logramos atrapar un pez.*

Si lo hacemos con una red, atraparemos varios.

Trabajar en redes significa potenciar nuestra posibilidad de llegar a diversos niveles y de abarcar más personas.

Significa que podemos dar un apoyo y ayuda más integral pues desde nuestro diario quehacer o desde nuestro trabajo no es posible cubrir todas las áreas que abarca el problema”

Susana Galdós Silva

1. Para tomar decisiones restaurativas necesitamos información de calidad, para obtenerlas necesitamos trabajar en equipo

El insumo básico de toda decisión es la información con la que contamos. Tenemos información de calidad cuando es oportuna y completa, es decir cuando es proporcionada en el momento preciso e incluye suficientes datos de hecho, plenamente acreditados mediante actos de investigación, que lleven a tomar decisiones adecuadas, contando con suficientes razones para ello.

Claro está, que las decisiones son distintas antes del proceso, al momento de su inicio y durante el mismo, pues la exigencia de certeza respecto de lo que sucedió es mayor hasta llegar el momento de la decisión final (sentencia) donde el nivel de convicción exigido debe ser “más allá de toda duda razonable”¹³³

Pero aún en el caso en que sepamos todo sobre los hechos ocurridos, esta información seguirá siendo insuficiente, pues para decidir bien en la justicia en general y con mucha mayor razón en la justicia restaurativa debemos contar también con información de calidad sobre todas las “circunstancias” que rodean la vida del autor, sólo así nuestra decisión será “adecuada” y podremos tomar decisiones restaurativas que respondan a su situación concreta.

1.1. Un ejemplo tomado de la Justicia Penal Juvenil

Es necesario reflexionar para decidir, pero para ello hay que tener una información lo más completa e integral posible de lo que esta sucediendo con la vida del adolescente. Por ejemplo, es importante conocer la situación

¹³³

Hacemos alusión a la expresión importada del sistema anglosajón (beyond a reasonable doubt) que desde ya hace algún tiempo utiliza nuestra judicatura en referencia a que para condenar debe haber prueba de cargo más allá de toda duda razonable. Cfr STC 010-2002-AI/TC y STC 1172-2003-HC/TC

económica en la que vive, su posible adicción al consumo de drogas, si había dejado de estudiar, la relación con su madre, si trabaja o no, si el hurto que ha cometido es ocasional o si pertenece a una organización dedicada a efectuar este tipo de atentados.

Pero, este diagnóstico seguiría siendo insuficiente si, además de darnos a conocer las dificultades y rasgos de vulnerabilidad social, no nos muestra su potencial, pues las personas no tenemos sólo cosas malas, y el muchacho de la historia no puede ser la excepción. Debemos por ello conocer los aspectos positivos que en medio de toda la situación difícil representan una esperanza para salir adelante, por ejemplo la responsabilidad que muestra ante las consecuencias de su conducta, sus habilidades personales, el soporte familiar con el que cuenta, etc.

Ambos aspectos, de un lado **dificultades y vulnerabilidad** y de otro **potencialidades**, son importantes para tomar una buena decisión. Ahora bien, debemos reconocer que toda esta información valiosa sobre la realidad personal, familiar y el entorno social del adolescente no la podríamos conocer sin un profesional especializado no nos la muestra.

Bien nos haría a los jueces y fiscales del Sistema de Justicia Penal Juvenil, visitar las casas de los chicos que atendemos (sea durante el proceso o en la ejecución de alguna medida), seguramente luego de esa visita saldríamos mucho más sensibilizados, lamentablemente las exigencias propias de nuestra función no permiten que lo hagamos en todos los casos. Además debemos reconocer que no tenemos las competencias profesionales necesarias para extraer información de calidad, que sí tienen los(as) trabajadores(as) sociales y los psicólogos, con ellos debemos trabajar en equipo para poder tomar decisiones restaurativas que conviertan el conflicto penal en una oportunidad para el adolescente y para toda la comunidad.

Nuestra legislación prevé en el artículo 149^a del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337 la existencia en forma obligatoria en cada juzgado de familia, de los llamados equipos multidisciplinarios conformados por médicos, psicólogos y asistentes sociales, su función es evaluar la situación del adolescente de modo integral y recomendar al juez la adopción de las medidas pertinentes y efectuar el seguimiento de las mismas. (Lamentablemente este equipo no existe en la Fiscalía)

No se trata sólo de tener un equipo multidisciplinario; sino ser parte de un equipo y trabajar en equipo, es decir entender que es una exigencia

profesional de la naturaleza de nuestro trabajo, el que para tomar una decisión debamos primero evaluar de modo integral toda la información de calidad que ha aportado el equipo, sobre el hecho ilícito y sobre el adolescente y toda su “circunstancia” social, familiar y personal.

Un ejemplo tomado de la Justicia penal de adultos

La posibilidad de acceso a diversos sistemas de información, facilitaría la negociación al aplicar los diversos mecanismos de salidas alternativas. Como también el conocimiento de la situación de la víctima con lo cual las decisiones que se tomen (el fiscal) no podrían ejecutarlas a sus espaldas.

Del mismo, modo ejecutar los acuerdos requiere de un equipo que efectúe un seguimiento a los mismo, sin ello el derecho penal no trasciende del ámbito de lo “simbólico”.

2. No se puede optar por la Justicia Restaurativa en solitario

Para tomar decisiones y para su seguimiento necesitamos trabajar con un equipo multidisciplinario de profesionales, pues hace falta tener una información completa que sólo ellos nos las pueden brindar, y luego de haber tomado una decisión, es necesario que ésta decisión se haga realidad, trabajando con las partes, sus familias e involucrando a la comunidad.

La Justicia Restaurativa, no puede emprenderse en solitario, pues curar las heridas causadas por el ilícito en la víctima, en la comunidad y en el propio autor, implican mucho esfuerzo y trabajo interdisciplinario dirigidos a dar una respuesta adecuada a las “circunstancias” personales para lograr que éste repare el daño cometido por su acción y se restablezcan sus relaciones con la sociedad.

La frase famosa de José Ortega y Gasset: «*Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo*». (*Meditaciones del Quijote*, 1914), es muy ilustrativa para destacar la importancia de conocer y abordar con acierto las “circunstancias” personales, familiares y sociales del adolescente o de la víctima en una intervención restaurativa. Esa tarea, repetimos, no se puede abordar en solitario.

Por ello es importante conocer las instituciones que están en nuestra comunidad y las personas que las dirigen, pues los Jueces y Fiscales, somos servidores públicos y estamos al servicio de la ciudadanía, en una localidad concreta, la cual debemos conocer.

En la comunidad donde trabajamos hay quienes directamente interactúan con nosotros como por ejemplo la sección especializada de la Policía Nacional, los profesionales del Equipo Multidisciplinario y los miembros de Medicina Legal, a quienes seguramente conocemos físicamente y quienes nos ayudan a tomar decisiones. Ahora si no tenemos ni siquiera este equipo, seguramente hemos identificado en la localidad donde trabajamos quien nos puede ayudar en la tarea de proporcionamos la “información de calidad” a la que nos referimos en la lección anterior, pues no podemos quedar de brazos cruzados por la falta de presupuesto. En la Justicia Penal Juvenil por ejemplo necesitamos saber qué instituciones desarrollan las siguientes tareas:

- a) Diagnóstico integral de todas las “circunstancias” que rodean al adolescente (vulnerabilidad y potenciales) con propuesta de intervención.
- b) Defensa legal del adolescente
- c) Acompañamiento de medida o de Programa de Orientación.
- d) Unidad receptora para realización de alguna actividad restaurativa.
- e) Unidad o centro colaborador con la restitución de derechos del adolescente (acceso a servicios de salud, educación, etc.)
- f) Unidad que trabaje en asistencia legal, psicológica y social de víctimas, con miras a que desde esta unidad se puedan implementar reuniones de acercamiento entre adolescentes y víctimas e impulsar procesos de mediación.

3. Ser parte de una RED y construir una ESTRATEGIA

En la Justicia Penal Juvenil, cuando un adolescente infringe la ley, se pone en marcha la policía, la fiscalía, el juzgado, el instituto de medicina legal, etc. Son muchas las instituciones que intervienen e interactúan entre sí, con la aspiración de cumplir los fines del Sistema de Justicia Juvenil, responder de modo educativo frente a la infracción cometida, evitando la reincidencia del adolescente, al mismo tiempo lograr la reparación del perjuicio causado y posibilitar que tanto el adolescente infractor con la víctima se reintegren a la sociedad. Si se logran estos objetivos, el sistema es eficaz. Si además de alcanzar este resultado el sistema fue oportuno en su respuesta y respetó en

todo momento los derechos y garantías del adolescente y la víctima, habrá sido también eficiente. La constatación de la eficacia y la eficiencia, nos permiten afirmar que el Sistema de Justicia es efectivo.

Podemos preguntarnos mirando al pasado ¿Cuántas veces nuestra intervención ha sido efectiva?, pero mejor deberíamos preguntarnos mirando el futuro ¿Cómo podemos hacer que en el Sistema de Justicia Penal Juvenil nuestra intervención sea efectiva? La respuesta es trabajando con una estrategia de RED, por ello esta forma de trabajar es una exigencia profesional de nuestra condición de operadores del Sistema de Justicia Penal Juvenil. No se trata entonces de simple voluntarismo o actitud, es parte del “ser” fiscal o juez encargado de asuntos de niños y adolescentes.

Cuando nos hablan de RED a veces entendemos que se trata de un conjunto de instituciones y personas que trabajan dentro de un mismo sector o actividad, pero eso en realidad no es RED, la red en realidad es el vínculo o conjunto de lazos que existen entre estas instituciones y personas.

De acuerdo a lo anterior, toda RED tiene entonces dos elementos:

- a) Integrantes o actores: Son las personas y las organizaciones públicas y privadas entre las cuales se establecen los vínculos.
- b) Vínculos o “lazos diádicos”¹³⁴: Son la parte más importante de la red, pues es la relación existente entre los integrantes, la cual se define por su contenido,

La red no se define entonces por sus integrantes; sino por el sistema de vínculos tejidos entre ellos y por el contenido que existe en esta relación, por ello es fundamental profundizar la relación interinstitucional para generar este contenido, el cual en nuestro caso no puede ser otro que “una alianza” explícita dirigida al logro de la efectividad de todo el sistema del cual “todos” formamos parte.

Cuando tenemos esta “alianza” y nuestras actividades ya no son aisladas ni superpuestas, sino, que responden al “acuerdo” logrado, estamos trabajando con una estrategia de RED y ya no sólo somos una simple RED.

Construir una estrategia de RED no se hace de la noche a la mañana, es un proceso, que supone:

¹³⁴ BARGATTI, Steve. Boston Collage en www.analytech.com/networks. De acuerdo al diccionario de la real Academia diádico proviene de diada que significa “Pareja de dos seres o cosas estrecha y especialmente vinculados entre sí”.

- a) **Sensibilización y concientización:** Lograr que los actores sociales involucrados comprendan la necesidad de complementarse para lograr la efectividad en su trabajo, la cual sólo se puede alcanzar con el concurso de todos.
- b) **Implicación:** Los actores luego de responder a las siguientes preguntas ¿Quién o quiénes intervienen? ¿Qué hacen? y ¿Cómo intervienen?, se pongan de acuerdo en forma verbal o formal, en lo que les toca hacer y se integren al trabajo, sintiéndose implicados en virtud de ese acuerdo.

Hay 3 tareas claves que necesariamente tenemos que efectuar todos los actores involucrados para avanzar en la construcción de nuestra estrategia de RED, estas son:

- a) Comprensión del problema y elaboración conjunta de los objetivos en forma clara y precisa
- b) Establecimiento de responsabilidades concretas mediante acuerdos verbales y formales.
- c) Trabajo en equipo, evaluación de resultados y celebración colectiva.

En cuanto a los beneficios, conviene siempre recordar que cuando trabajamos con una estrategia de trabajo en Red podemos.

- a) Potenciar nuestra capacidad por medio del apoyo en los demás, consiguiendo aquello que nunca podríamos lograr solos (complementariedad).
- b) La estrategia de trabajo en RED, aumenta “valor” a nuestro trabajo (calidad), mejora nuestro desempeño y nos hace efectivos.
- c) Unificar criterios de actuación y gestar con los demás miembros una visión compartida del problema.
- d) Establecer objetivos comunes y metas concretas para medir cuanto hemos logrado y cuanto nos falta para lograr los objetivos y las acciones que debe efectuar cada uno de los implicados.
- e) Tener flexibilidad frente a los distintos contextos locales y adaptabilidad frente a los cambios pues la red permite la continuidad en el trabajo a pesar de que las personas cambien.
- f) Transferirnos recíprocamente información valiosa por medio de la puesta en común de experiencias de trabajo exitosas (retroalimentación)

- g) Generar compromisos concretos (implicación) sobre actividades del presente con vocación de permanencia en el futuro, mediante la formalización de acuerdos.
- h) Facilitar la protocolización de actuaciones conjuntas, sistematizando la experiencia acumulada, corrigiendo procedimientos equivocados y extrayendo lecciones para todos

4. Para implicar, primero hay que implicarse

Visité Barcelona para ver el funcionamiento de los servicios de salud, policía y justicia en el tratamiento de la violencia familiar.

Al final de la exposición de un médico de familia de la Red de Servicios de Salud de Cataluña intervine para preguntarle sobre cómo habían logrado este nivel de coordinación y compromiso, felicitándola por la voluntad y la actitud de servicio de los diversos actores implicados. A lo que me contestó.

- *“No es cuestión de actitud, es de profesionalismo, no es voluntad, es obligación de todos”.*

Me quedé pensando en estas palabras y es verdad. Muchas veces identificamos el compromiso con la actitud y voluntad, cuando en realidad éste debe ser el resultado de asumir nuestra propia condición de profesionales.

Sin duda no podremos convencer sino estamos convencidos, mucho menos comprometer e implicar a las demás personas e instituciones en una red de trabajo coordinado. Pero debemos asumir que el compromiso en nosotros (como jueces y fiscales) es parte de nuestra obligación.

C) La capacitación de los operadores

Antes nos hemos referido a la “sensibilización” e “implicación” como dos componentes transversales que deben impulsarse en la construcción de una estrategia de RED, ahora nos referiremos a un componente más “la capacitación”. Un actor social puede estar sensibilizado (querer) e incluso haber tomado la decisión de actuar (implicado por medio de un compromiso). Sin embargo, su accionar contribuirá poco al objetivo de la RED sino sabe qué hacer y ni cómo. Hace falta capacitación.

La capacitación es el proceso por el cual, cambiamos nuestros modos de actuar, al haberse integrado los nuevos conocimientos y habilidades adquiridos con nuestras experiencias previas. La diferencia entre un operador capacitado y otro que no lo está, es básicamente su modo de

actuar, pues la “capacitación” opera como los “lentes” que permiten ver y comprender las cosas de modo diferente y actuar conforme a este entendimiento. Además, la capacitación dota de consistencia y efectividad a nuestras acciones, las cuales pasan de ser frutos de nuestra “buena voluntad” para convertirse en manifestaciones de nuestro ejercicio profesional.

Para ver cómo funciona en la práctica lo que estamos señalando nos referiremos al respeto y observancia de la garantía de presunción de inocencia en la Justicia Penal Juvenil.

Al respecto, el Comité Internacional de los Derechos del Niño, en su observación N° 10(2007), Numeral 42, señala con preocupación:

“Debido a la falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el niño puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por ello que sea culpable si carecen de pruebas de su culpabilidad más allá de toda duda razonable”

No hay presunción de inocencia sin un trato de inocente por parte de todos los operadores: policía, fiscales, equipos multidisciplinarios, etc., por lo que la esta garantía como las demás, depende mucho de la capacitación de sus operadores, demostrada por medio de sus prácticas. Así lo reconoce la Observación General N° 10(2007), del Comité de los Derechos del Niño:

“... el ejercicio apropiado y efectivo de esos derechos y garantías depende decisivamente de la calidad de las personas que intervengan en la administración de la justicia de menores. Es fundamental impartir formación sistemática y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, los fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño y en particular de los adolescentes” (Numeral 40)

El Comité señala que la capacitación debe ser sistemática y continua. Nosotros, consideramos que dentro de una estrategia de trabajo en RED, debe ser además multidisciplinaria y conjunta para garantizar la construcción de una “visión compartida” entre los actores sociales involucrados, y asegurar la articulación y complementariedad en cada una de las intervenciones.

5. Apliquemos lo aprendido

Evalúa tu entorno y enumera 3 acciones concretas por medio de las cuales, establecerás una estrategia de trabajo en RED.



Lecturas obligatorias para la Tercera Unidad

GIMENEZ GARCIA, Joaquín “Relación entre delincuente, víctima y administración de justicia” ” EGUZKILORE Numero 8 San Sebastián 1995 , p 119 -127

1. ¿Cuál es la diferencia entre el modelo clásico de Justicia Penal y el Nuevo Modelo de Justicia Penal?
2. ¿Qué relación existe entre la reforma penal y la despenalización?
3. ¿En qué consisten los sistemas de Indemnización a las víctimas de los delitos dolosos?

SAMPEDRO ARRUBA Julio Andrés “La Justicia Restaurativa: Una nueva vía desde las víctimas en la solución del conflicto penal” ISSN 1692-8156

1. ¿Por qué se considera a la Justicia Restaurativa como una visión alternativa del Sistema Penal?
2. ¿Cómo se relacionan la verdad, la justicia y la reparación?
3. ¿En la experiencia de Colombia como ha funciona la mediación?
¿Qué podemos hacer nosotros?

Llobet Rodríguez, Javier “Justicia Restaurativa y la Protección de la Víctima”

1. ¿Cómo se compatibiliza en la justicia restaurativa el interés de la víctima?
2. ¿Sobre qué bases se justifica la Justicia Restaurativa?
3. ¿Cómo funciona la Justicia Restaurativa en la Justicia Penal Juvenil?



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

ANEXO DE LECTURAS

ANEXOS DE LECTURAS OBLIGATORIAS



LECTURA OBLIGATORIA PARA LA UNIDAD 1

- Santiago MIR PUIG ¿Qué queda en pie de la Resocialización? Cuaderno del instituto vasco de criminología San Sebastian N° Extraordinario octubre 1989 II Jornadas Penitenciarias Vasco Navarro p 35-41.

LECTURAS OBLIGATORIAS PARA LA UNIDAD 2

- Aída Kelmemajer “En busca de una tercera vía, la llamada Justicia Restaurativa”Rubinzal Culzoni Editores , 2005 p 271 a 324.
- Encarnación de Miguel “Alternativas a la Cárcel Probation” EGUZKILORE Numero 7 San Sebastián 1993, p 131 -136.

LECTURAS OBLIGATORIAS PARA LA UNIDAD 3

- GIMENEZ GARCIA, Joaquin “Relación entre delincuente, víctima y administración de justicia” ” EGUZKILORE Numero 8 San Sebastián 1995 , p 119 -127
- SAMPEDRO ARRUBA Julio Andrés “La Justicia Restaurativa: Una nueva vía desde las víctimas en la solución del conflicto penal” ISSN 1692-8156
- Llobet Rodríguez, Javier “Justicia Restaurativa y la Protección de la Víctima”

Los Anexos señalados se encuentran en formato PDF, podrá descargarlos accediendo al AULA VIRTUAL.